



*Benemérita
Universidad Autónoma
de Puebla.*

*Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales.*

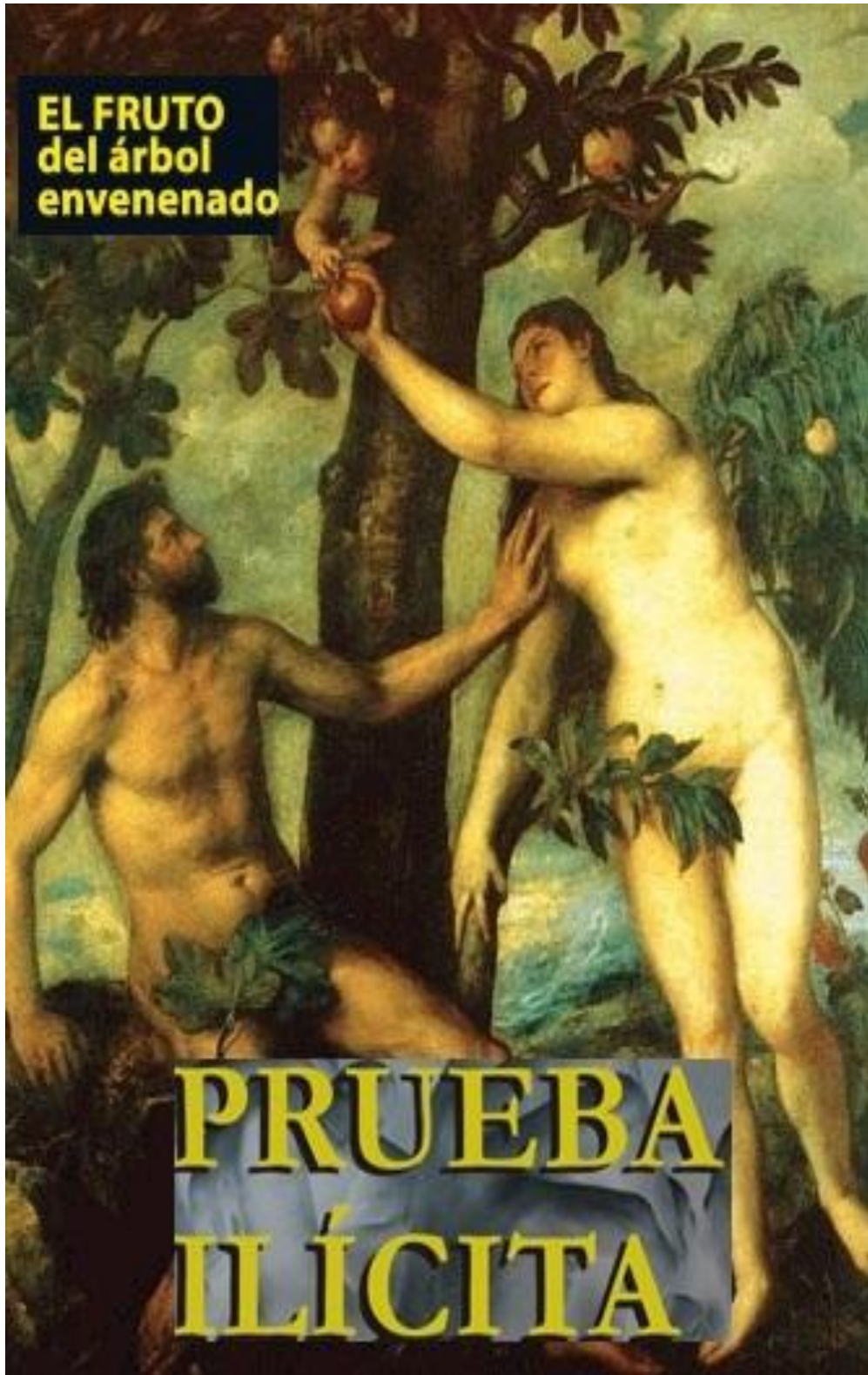
*“Análisis Jurídico de la Excepción al Principio de Exclusión de
la Prueba ilícita con violación de Derechos Fundamentales
dentro del nuevo Procedimiento Penal Acusatorio y Oral en el
Estado de Puebla”.*

T E S I S

*Que presenta el Licenciado
Leonel Pérez Martínez
para obtener el título de
Maestro en Ciencias Penales.*

Asesor: Dr. Edmundo Ramsés Castañón Amaro.

**EL FRUTO
del árbol
envenenado**



**PRUEBA
ILÍCITA**



BUAP

Oficio: SIEPD/457/2014.

Asunto: El que se indica.

**C.P JOSÉ JUAN MORALES RODRÍGUEZ,
DIRECTOR DE ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA B.U.A.P.
P R E S E N T E.**

Muy distinguido Contador.

Por este conducto, nos permitimos distraer su atención para enviarle un respetuoso saludo y comunicarle lo siguiente:

Se ha designado como Jurado de Examen para obtener el *Grado Académico de Maestro en Derecho con terminal en Ciencias Penales* del C.LIC. LEONEL PÉREZ MARTÍNEZ, el siguiente Síndico:

DR. EDMUNDO RAMSES CASTAÑÓN AMARO.....(PRESIDENTE)
DR. XAVIER NAJERA GONZALEZ(SECRETARIO)
DR. RAFAEL SANCHEZ VÁZQUEZ.....(VOCAL 1)
DRA. NYDIA CRUZ BARRERA.....(VOCAL 2)
DR. JUAN PABLO SALAZAR ANDREU.....(VOCAL 3)

El examen antes mencionado, se realizará el día 24 de Septiembre 2014 del año en curso, a las 18:00 hrs., en esta Unidad Académica.

Sin otro particular, reciba Usted atentos saludos.

ATENTAMENTE
“PENSAR BIEN PARA VIVIR MEJOR”
H. PUEBLA DE Z., A 29 DE AGOSTO DE 2014.

DR. CARLOS ANTONIO MORENO SÁNCHEZ
DIRECTOR DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

c.c.p. Mtro. José Luis León Salamanca - Coordinador de Titulación y Egreso de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo.

DEDICATORIA	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA Y SU INSTITUCIONALIZACIÓN.	11
1.1 Definición Etimológica, Gramatical, Doctrinal y Legal de Prueba.	11
1.2 La Presencia de objetivos no epistemológicos en la regulación de la Prueba.	13
1.3 Necesidad de la Prueba y su Valoración.	19
1.4 Prueba Ilegal, Prueba Ilícita y Prueba Nula	25
1.5 Diferencias entre Fuente de Prueba, Medio de Prueba y Objeto de Prueba.	28
1.6 Dato de Prueba, Medio de Prueba y Prueba según el Código Nacional de Procedimientos Penales.	34
1.7 Sistemas de Valoración de la Prueba.	35
Capítulo II Derecho Comparado (Modelo Norteamericano)	40
2.1 La Regla de Exclusión de la prueba Ilícita. (Concepto y Efectos)	40
2.2 Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita (Exclusionary Rule) y su Excepción (Good Faith Excepción)	45
2.3 Efecto reflejo de Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita o Doctrina de los Frutos del Árbol Envenenado (The Fruit Of The Poisonous Tree Doctrine).	51
2.4 Excepción De La Fuente Independiente (Hipotetical Independent Source Rule).	56
2.5 Excepción del Descubrimiento Inevitable (Inevitable Discovery Excepción)	59
2.6 Excepción del Nexo Causal Atenuado.	62
2.7 Teoría de la Conexión de Antijuricidad.	65
Capítulo III De los Derechos Humanos y su Relación con la Prueba	67
3.1 La Reforma Constitucional “De Los Derechos Humanos y sus Garantías.” (DOF: 10 de Junio del 2011)	67

3.2 Diferencia Conceptual entre Derechos Humanos. Derechos Fundamentales y Garantías	74
3.3 Control de Convencionalidad	81
3.4 El control de convencionalidad y su interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México: El Expediente Varios 912/2010	91
3.5 Principio Pro Persona	95
3.6. Contradicción de Tesis 293/2011 resuelta por el Pleno de la S.C.J.N.	102
3.7 Criterios Jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la Prueba Ilícita (Localización geográfica de dispositivos electrónicos)	107
Capítulo IV Caso Mexicano.	121
4.1 Inclusion del Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita en el Sistema Procesal del Estado de Puebla	121
4.2. Antecedentes (Caso Lydia Cacho vs Mario Marín)	125
4.3 Algunas Tesis Aisladas del Poder Judicial Federal sobre la Prueba Ilícita.	132
CONCLUSIONES	148
PROPUESTAS	¡Error! Marcador no definido.
FUENTES DE CONSULTA	151
BIBLIOGRÁFICAS	151
HEMEROGRÁFICAS	152
LEGISGRÁFICAS	153
CIBERGRÁFICAS	153

DEDICATORIA

Agradezco primeramente a Dios, y dedico a Leny, Leo y Ely el presente trabajo de investigación jurídica que para obtener el grado de maestro en derecho presento.

“No hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”

Tribunal Supremo
Federal Alemán

INTRODUCCIÓN

Que la prueba jurídica sea una actividad cognoscitiva significa que se ha de servir de los mismos esquemas y reglas racionales que valen para cualquier otro tipo de actividad que se desarrolle al margen del derecho y que tenga también como objetivo la averiguación de los hechos.

Cuales sean estas reglas ya no es por tanto una cuestión interna al derecho, sino que se sitúa más allá del mismo, en la esfera de la racionalidad empírica.

Sin embargo, la prueba judicial no es una actividad libre y sin sujeción a reglas, se desarrolla en un marco institucionalizado de normas procesales que inevitablemente condicionan la obtención del conocimiento.

Las reglas que gobiernan el fenómeno probatorio son de muy diversos tipos: **hay normas que excluyen o restringen la admisión de ciertas pruebas en el proceso**; o normas que regulan el modo de formación y control de las pruebas, excluyendo o restringiendo así la posibilidad de usar pruebas formadas a través de procedimientos distintos; o normas de prueba legal que regulan el valor que ha de darse a una prueba en la decisión, excluyendo o limitando así la valoración discrecional del juez.¹

La doctrina de la prueba ilícita o regla de exclusión probatoria y sus excepciones es quizás uno de los temas más complejos que se puedan abordar en el campo de la dogmática procesal, pero a su vez uno de los más apasionantes pues presenta claras implicaciones y connotaciones constitucionales.

Si bien la regla de exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente se ha universalizado lo cierto es que su naturaleza, alcance y efectos depende de cual sea la explicación que se ofrezca acerca de su fundamento, pudiendo

¹ Gascón-Abellán, Marina: "Freedom of Proof? El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita".UNAM. México D.F. obtenida del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/5.pdf> el día 1 de noviembre 2013 a las 22:00hrs. pp.47, 48, 49, 50, 51.

realizarse desde dos modelos teóricos explicativos: el modelo norteamericano y el modelo europeo continental.²

En nuestro país la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y de Seguridad Pública aprobada el 6 de marzo del 2008 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de junio de ese mismo año;³ ha tenido la virtud de introducir en nuestro sistema jurídico nacional y como consecuencia en el local de nuestro estado de Puebla, la prohibición de utilizar y valorar pruebas que en su obtención hubieran vulnerado derechos fundamentales bajo pena de su inutilización dentro de un proceso garantista de tipo acusatorio, adversarial y oral.

La fracción IX del apartado A del artículo 20 incorpora a nivel constitucional, a partir de la reforma, un principio que ya figuraba de manera incipiente y precaria en nuestra constitución y que es muy conocido en el derecho comparado.⁴

Esta reforma constituyó un regreso a nuestros orígenes constitucionales. A pesar de que la constitución mexicana de 1917 es de carácter acusatorio, es decir, una que concebía al proceso como un sistema de juicios orales y audiencias públicas, las prácticas que prevalecieron en los años subsiguientes al triunfo de la Revolución consolidaron en la legislación secundaria un proceso de carácter mixto, de corte inquisitivo y escrito.

Uno de los reclamos más persistentes y sentidos de los ciudadanos en México tuvo que ver con el funcionamiento de la justicia penal. Nada dañó más la credibilidad de la justicia que el hecho de que sus sentencias fueran dictadas casi en secreto.

Provocando que víctimas y acusados padecieran, indistintamente, la incertidumbre jurídica e impunidad que caracterizó al sistema. El propio marco jurídico contribuyó a su ineficacia, lo que se tradujo en injusticia para la ciudadanía, ya que no cumplió con el objetivo para el cual fue creado y que consistió en garantizar el debido proceso legal y cumplir con los principios que lo conforman: celeridad, inmediatez, oralidad, seguridad jurídica, entre otros, como el de la **regla de exclusión de la prueba ilícita**, utilizando como herramienta indispensable la oralidad.

Tal principio consiste en impedir que una prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales sea presentada en un juicio y tomada en cuenta en la sentencia, su propósito es evitar que una violación legal para obtener una

² Miranda-Estrampes, Manuel: (Mayo 2010). "La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones". Revista Catalana de Seguretat Pública. Vol 2. pp.131,133.

³ "Decreto de fecha 18 de junio 2008 publicado en la primera sección del Diario Oficial de la Federación" obtenido del sitio web <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/Resource/106/1/images/dof180608%5b1%5d.pdf> el día 23 de noviembre del 2013 a las 9:00hrs. p.3

⁴ Carbonell, Miguel: "Sobre el Principio de Exclusión de Prueba Ilícitamente Obtenida". IJ-UNAM. Mexico D.F. obtenida del sitio web http://www.miguelcarbonell.com/docencia/principio_de_exclusion_de_las_pruebas_ilicitas.shtml el día 3 de noviembre del 2013 las 11:00 hrs. p.191

prueba pueda tener como resultado mediato la condena de una persona. Este principio es especialmente importante para evitar la tentación de que las autoridades policíacas y ministeriales "presionen" a las personas detenidas, las arresten sin tener una orden judicial, intervengan sus comunicaciones o entren en sus domicilios fuera de los supuestos constitucionalmente previstos.

Como puede apreciarse, la reforma del 2008 trató de lograr dos objetivos básicos: en primer lugar, contar con un diseño normativo capaz de proporcionar a los agentes encargados de hacer cumplir la ley, las herramientas necesarias para perseguir con eficacia el delito, enseguida, hacerlo con las garantías del debido proceso. Lo que se pretende con la reforma del sistema de justicia es dar soluciones de calidad a los Gobernados.

Es innegable que en la percepción de la sociedad mexicana, la delincuencia en el país ha alcanzado niveles alarmantes, pues no dejan de ocurrir acontecimientos violentos a consecuencia del crimen organizado en el territorio nacional.

Ante esta situación, las autoridades reaccionaron firmemente, cuidando la implantación de figuras jurídicas modernas y eficaces de obvia legalidad. Desde sus orígenes, nuestra tradición constitucional reconoció avanzados principios para contener la potestad punitiva del Estado.

Sin embargo, éstos nunca tuvieron una aplicación plena. El derecho de toda persona acusada penalmente de ser escuchada en audiencia pública, de manera expedita y por un juez imparcial, que se contempla en nuestra Constitución desde hace noventa años, nunca se instrumentó.

Los ciudadanos comunes nunca han aceptado esta visión del proceso penal. Cualquier persona exige intuitivamente que frente a la pretensión del Estado de acusarlo penalmente, su derecho más natural consistiría en tener un juicio justo, es decir: en ser llevado ante un decisor imparcial, que se exhiban públicamente las pruebas obtenidas sin violentar los derechos fundamentales del acusado y que se le permita cuestionarlas oralmente frente al juzgador. Cualquier víctima de un delito exige exactamente lo mismo. De hecho, que a la gente común le importa ser activamente escuchada por quien ha de tomar una decisión que le afecta.

El contenido principal del debido proceso, atendiendo a esa intuición del ciudadano común, consiste en colocar a la audiencia oral como el espacio idóneo para que los jueces reciban información y tomen decisiones. Su propósito es instalar un control ciudadano y jurisdiccional sobre la actuación del poder punitivo del Estado, abriendo frente al ejercicio de ese poder una ventana que permita vigilarlo, impidiendo abusos que puedan injustamente inclinar la balanza en contra de las legítimas pretensiones de la víctima o del acusado. Por eso, su mecánica rechaza tajantemente la práctica de que el juzgador

escuche, en privado alegaciones unilaterales, fuera del contexto de la audiencia.

Lo que se necesita es poder abandonar métodos del pasado para ponerse en condiciones de convocar inteligencia policial, energías técnicas y capacidad de investigación avanzada, a la tarea de investigar delitos. Pero sobre todo, necesitamos instituciones sensibles a las víctimas del delito. Hoy, la imagen pública de nuestras policías y Ministerios Públicos permanece debilitada por la corrupción y por métodos que destruyen la confianza de la ciudadanía. Debemos repudiar reglas y prácticas que lastiman la reputación y credibilidad de las instituciones.

Así las cosas, el Congreso de la Unión aprobó el 6 de marzo del año 2008 la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública quedando jurídicamente establecido el **Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita**, elevándose a rango constitucional en el artículo **20 apartado A fracción IX** como un principio general del proceso penal que a la letra dice:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A De los principios generales:

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula; y⁵

Este principio de manera limitada había venido ganado terreno dentro del ámbito legislativo y judicial en nuestro país, lo que hace este precepto es incentivar el respeto a los derechos de los imputados por parte de las autoridades que intervienen en la investigación y acusación del delito. Los amplios efectos invalidatorios que la norma constitucional le atribuye a las pruebas ilícitas o al juicio en su conjunto, favorecen, asimismo, la capacidad investigativa de la policía y del ministerio público, y por ende, la confianza de la población en éstas.

La fracción IX se refiere a la **cláusula de exclusión de prueba ilícitamente obtenida**. La prohibición de prueba ilegal resulta fundamental para preservar la lealtad procesal de la policía y del ministerio público, así como para la profesionalización de la investigación.

La redacción que se eligió obedece a la necesidad de dimensionar adecuadamente esta figura procesal. Frente a otras alternativas que se

⁵ "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente" obtenida del sitio web http://dof.gob.mx/constitucion/marzo_2013_constitucion.pdf el día 12 de noviembre del 2013 a las 19:00hrs. p.39

encontraban en discusión se decidió adoptar aquella que refiere que será nula toda prueba que sea recabada con violación a derechos fundamentales, y no tan solo a violaciones legales. Ello es así porque algunas violaciones de dispositivos legales pueden ser saneados y corregidos en el curso del proceso, sin que ello se traduzca en la afectación de los derechos.

Ampliar la exclusión de prueba a supuestos que no suponen indefensión o vulneración de otros derechos o garantías podría llegar a producir la repetición de actos procesales inútiles o la anulación de decisiones sobre la base de puros formalismos, lo cual puede afectar una efectiva procuración de justicia.

Finalmente, la fracción X dispone que todos los principios detallados en líneas que anteceden, deberán observarse también en las audiencias preliminares al juicio.⁶

El día 21 de febrero del 2011 en el Periódico Oficial del Estado de Puebla fue publicado un nuevo “Código de Procedimientos Penales para el Estado de Puebla” cuya entrada en vigor se realizó el 15 de enero del 2013 de manera gradual y en el que se instaura no sólo la implementación de un nuevo diseño procesal penal acusatorio, garantista y oral, que asegura a favor de las partes involucradas el debido proceso, en donde la tarea de los jueces es llevada a cabo a la vista de la sociedad y las pruebas se rinden bajo la mirada del público.

Como se advierte de su análisis, éste nuevo Código Procesal de Puebla no hace referencia a las excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita, mismas que cobran vigencia dentro del ámbito doctrinal que se han universalizado en diversos ordenamientos jurídicos de otros países a través de un proceso denominado de norteamericanización de la regla y sus excepciones.

La reforma constitucional, trajo como consecuencia la obligada y necesaria transformación jurídica de todas las legislaciones procesales en materia penal que se encontraban vigentes en todas las entidades federativas del país, dentro de los plazos y alcances que la misma reforma planteó.

Su contenido, como se ha aludido ha introducido diversos conceptos, principios procesales y elementos jurídicos nuevos diferentes a las garantías que tradicionalmente gozábamos originalmente en la Constitución de 1917, entre ellos, **“El Principio de Exclusión de la Prueba ilícita”**.

⁶ “Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo 18 de junio 2008)”. Subdirección de Archivo y Documentación. Secretaría de Servicios Parlamentarios. Centro de Documentación, Información y Análisis. Palacio Legislativo. México DF. obtenida del sitio web <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> el día 29 de noviembre 2013 a las 15:45hrs. pp. 9, 10, 28, 29, 37, 38, 39, 40, 41.

El nuevo **Código Nacional de Procedimientos Penales** aprobado el 4 de marzo del 2014 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de ese mismo mes y año; que entró en vigor en nuestro Estado a partir del día **21 de mayo del 2014** establece el principio en estudio dentro del artículo 264 que a la letra dice bajo el rubro de Legalidad de la prueba:

Artículo 264. Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el Juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto⁷.

De nueva cuenta no apreciamos en dicha redacción que se haga alusión a las excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Como se advierte estamos ante un nuevo concepto jurídico introducido como principio general del nuevo sistema acusatorio y oral, de origen anglosajón, inédito, protector de derechos fundamentales, que se erige como regla de garantía en contra de los abusos de autoridad en la etapa de investigación del delito, de ahí que se le vincule con las garantías del debido proceso, es decir, un debido proceso que no se sustente en violaciones al sistema.

Aunque reconocido en un sin número de legislaciones extranjeras como en España, Francia, Estados Unidos de Norteamérica, Chile, Colombia, Argentina; en México y en nuestra entidad federativa ha venido ganando terreno limitadamente dentro de los ámbitos legislativo y judicial.⁸

Por lo que resulta necesario y obligado fomentar, divulgar y comprender su concepto, alcances y limitaciones. Responder a las interrogantes en cuanto a ¿qué es el principio de nulidad de la prueba ilícita? ¿Cuáles son sus excepciones? ¿Cuáles son sus límites y consecuencias en el nuevo sistema jurídico penal de Puebla?.

Sin embargo debo exponer también, que las excepciones que la doctrina internacional y el derecho comparado han ido creando para aceptar la inclusión de la prueba no obstante su ilicitud se encuentran presentes en el contexto de su comprensión y aplicación, así tenemos, “la fuente independiente, buena fe

⁷ **Código Nacional de Procedimientos Penales**. Ed. Cajica S.A de C.V. Puebla. 2014.p.153

⁸ Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo 18 de junio 2008); op. cit., pp. 15, 23, 57, 66,95, 6, 29, 50,51.

en el agente, la fuente inevitable” y cuyos argumentos que las fundan ofrecen una perspectiva que incluso se ha considerado un retroceso en la afirmación de su calidad de inviolables de los derechos fundamentales.

Como se ve aunque breve en su enunciación constitucional contiene una enorme complejidad y tendra que ser puntualmente desarrollado por los jueces y tribunales que conocerán de causas penales. En todo caso, no sobra apuntar que dichos órganos judiciales deberán tomar en serio el principio a fin de que nuestros procedimientos penales no abran la oportunidad a los agentes de la autoridad para violar derechos fundamentales como ha sucedido de manera masiva durante décadas.

Es momento de elevar el nivel de exigencia de las autoridades, las cuales pueden y deben actuar de forma respetuosa con los derechos, como sucede en la mayor parte de los países democráticos.

La incorporación del principio de nulidad de la prueba ilícitamente obtenida a nivel constitucional es una oportunidad para policías, jueces y hasta para los académicos que también tendrán que hacer su parte en la configuración de tal principio.

CAPÍTULO I GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA Y SU INSTITUCIONALIZACIÓN.

1.1 Definición Etimológica, Gramatical, Doctrinal y Legal de Prueba.

Etimológicamente la raíz de la palabra “prueba” según el diccionario de la etimología de la lengua española se define: Del lat. “expēriētia” –“experiencia” y ésta del verbo lat. “expēriōr” – “intentar, probar”, compuesto por el prefijo “ex-” – “afuera” (véase “exportar”) y “pēriōr” que está emparentado con la palabra lat. “peritus” – “perito, entrenado” o “expēriētum” – “prueba, experimento”. De raíz PIE *per- con la acepción “intentar, probar, arriesgar” como en gr. πειράζω [...]⁹

Por otra parte, es necesario entender y dejar establecido que **gramaticalmente** la palabra prueba según el diccionario de la lengua española se define como:

1. f. Acción y efecto de probar.
2. f. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.
3. f. Indicio, señal o muestra que se da de algo.
- 4.- f. *Der.* Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.¹⁰

Ahora bien, otra definición desde el punto de vista **jurídico** corresponde: 1. Del latín *probo*, bueno, honesto y *probandum*, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

II. En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.

⁹ “Diccionario de la Etimología Española” obtenida en el sitio web <http://etimologia.wordpress.com/?s=prueba&submit= buscar>; el día 23 de junio 2014 alas 20:00hrs. p.1

¹⁰ “Diccionario de la Real Academia Española” obtenida en el sitio web <http://ema.rae.es/drae/?val=prueba> el 23 de junio 2014 a las 21:00hrs.

Por último, por extensión también se suele denominar *pruebas* a los medios, instrumentos y conductas humanas, con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho. Así se habla de la prueba confesional, prueba testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etc.

Para analizar el tema de la prueba, vamos a distinguir los siguientes rubros:

1) *el objeto de la prueba (the:na probandum)*, que son los hechos sobre los que versa la prueba; 2) *la carga de la prueba (onus probandi)*, que es la atribución impuesta por la ley para que cada una de las partes proponga y proporcione los medios de prueba que confirmen sus propias afirmaciones de hecho; 3) *el procedimiento probatorio*, o sea la secuencia de actos desplegados por las partes, los terceros y el juzgador para lograr el cercioramiento judicial; 4) *los medios de prueba*, que son los instrumentos—objetos o cosas y las conductas humanas— con los cuales se trata de lograr dicho cercioramiento, y 5) los sistemas consignados en la legislación para que los juzgadores aprecien o determinen el valor de las pruebas practicadas (*sistemas de valoración de la prueba*).¹¹

En **doctrina** se reconocen tres diversos sentidos a la prueba:

1. Averiguación o comprobación de afirmaciones
2. Actividad dirigida a comprobar las afirmaciones
3. Instrumento que permite al juzgador alcanzar su convicción.

Para el jurista **Eduardo J. Couture**, la prueba es “...la acción y efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación...” Para él, la prueba en sí es una experiencia cuya finalidad es hacer patente la exactitud o inexactitud de una afirmación. Couture estima que la prueba, debe ser comprobación y averiguación, como podría serlo en un esquema penal.

Esa tesis es objetada por otros autores como **Hernando Devis Echandía**, para quien existe un marcado interés público en que el proceso llegue a una decisión acertada y justa. De ahí que el juez debe investigar la verdad de las afirmaciones de las partes.

Según el criterio de **Francesco Carnelutti** en el lenguaje común “prueba” se utiliza como comprobación de la verdad de una afirmación, y no debe confundirse con el procedimiento empleado para la verificación de la proposición.

Jeremías Bentham considera que la prueba es un hecho supuestamente verdadero que sirve de fundamento para demostrar la existencia o inexistencia de otro hecho. De ahí que, considera que toda prueba comprende dos hechos, sea el que se trata de probar y el que se emplea para

¹¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (1984). *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo VII (P-Reo); 3ª ed. México, D.F. Ed.UNAM. p.302

probar. Agrega que toda decisión fundada en una prueba opera como una conclusión; y que este procedimiento funciona en diversos aspectos de la vida, aún cuando no se esté ante un procedimiento judicial. Indica que incluso los animales sacan conclusiones; y que en todo caso la prueba es un medio encaminado a un fin.

Kielmanovich por su parte, considera que la prueba es "...un procedimiento para la fijación de los hechos, aunque...de hechos de interés para la litis no admitidos expresamente o admitidos pero indisponibles, a partir de las concretas fuentes (personas o cosas) que el ordenamiento determina o autoriza..." Se observa aquí la diferencia con respecto al criterio de Carnelutti.

Coincidimos con el criterio de que la prueba es un instrumento para acreditar la veracidad o falsedad de una afirmación de hecho.

Ahora bien, **legalmente** el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 261 párrafo tercero establece que se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.¹²

1.2 La Presencia de objetivos no epistemológicos en la regulación de la Prueba.

La "Prueba" es considerada como la averiguación que se hace en un juicio de cosa dudosa; o bien: el medio con que se muestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa.¹³

Pero una versión más actualizada establece que la "Prueba" proviene del latín *probo*, bueno, honesto y *probandum*, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe.

En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de

¹² Código Nacional de Procedimientos Penales. op., cit. p. 153

¹³ Escriche, Joaquín. (1996). *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense* con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel. México D.F. Ed. IIJ-UNAM. p.583

lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles.¹⁴

Ahora bien, el término “Prueba” dentro del contexto jurídico, se identifican los trámites o actividades que se orientan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión.

Precisamente por eso, frente a la concepción retórica o argumentativa de la prueba, que concibe a ésta como una actividad en caminata a “convencer” al juez de la ocurrencia de los hechos, desde una perspectiva racional la concepción más adecuada (y no por casualidad la más extendida y acorde con las intuiciones de los hablantes) es la cognoscitivista, según la cual la prueba se endereza a conocer o acreditar la verdad de (los enunciados sobre) los hechos litigiosos o controvertidos.

Que la prueba jurídica sea una actividad cognoscitiva significa que se ha de servir de los mismos esquemas y reglas racionales que valen para cualquier otro tipo de actividad que se desarrolle al margen del derecho y que tenga también como objetivo la averiguación de hechos.

Ésta es la razón por la que comúnmente se resalta la analogía entre la actividad del “juez de los hechos” y la del detective y el historiador: los tres se dice se enfrentan al mismo problema, conocer la existencia de hechos que muchas veces ya no se pueden observar ni reproducir, y en la tarea de averiguarlos se habrán de conducir por las mismas reglas.

Cuáles sean estas reglas ya no es, por tanto, una cuestión interna al derecho, sino que se sitúa más allá del mismo, en la esfera de la racionalidad empírica.

Por eso y siempre desde esta racionalidad común a otros sectores de la experiencia la actividad probatoria habría de regirse por principios como el de la “apertura” del catálogo de medios de prueba, el carácter ilimitado del tempus en que han de ser probados los hechos, la posibilidad de revisar ilimitadamente las tesis fácticas si surgieran nuevas pruebas o informaciones, y en particular por el denominado “principio de inclusión”, en virtud del cual todo lo que tiene utilidad probatoria debe ser admitido como prueba.

Las afirmaciones anteriores, sin embargo, deben ser matizadas, pues si es cierto que el conocimiento de los hechos que se desarrolla en sede judicial tiene mucho que ver con el del historiador o el del detective, no es exactamente igual.

¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano op cit., p.303

Frente a estos y otros tipos de conocimiento empírico que con los necesarios matices pueden ser calificados como “libres” de trabas institucionales, la prueba judicial se caracteriza justamente por su carácter institucionalizado o jurídico, lo cual se traduce no sólo en que se enmarca en (y sirve para) el contexto jurídico, singularmente el proceso, sino también (y sobre todo) en que por lo común está regulada jurídicamente.

Dicho más simplemente: la prueba judicial no es una actividad libre y sin sujeción a reglas, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de normas procesales que inevitablemente condicionan la obtención del conocimiento.

Las reglas jurídicas que gobiernan el fenómeno probatorio son de muy diversos tipos. Por citar sólo algunos: **hay normas que excluyen o restringen la admisión de ciertas pruebas en el proceso**, impidiendo a las partes utilizar todas las pruebas relevantes de que dispongan; o normas que regulan el modo de formación y control de las pruebas, excluyendo o restringiendo así la posibilidad de usar pruebas formadas a través de procedimientos distintos; o normas de prueba legal, que aún existen en distintos grados en los sistemas de civil law, que regulan el valor que ha de darse a una prueba en la decisión, excluyendo o limitando así la valoración discrecional del juez para determinar los hechos.

Este catálogo de reglas jurídicas sobre la prueba, aunque escueto, muestra ya un rasgo distintivo de las mismas, y es que, pese a su diversidad, estas reglas desempeñan una función eminentemente restrictiva: limitan o restringen el ámbito de las reglas que rigen en contextos de investigación no jurídicos; por ejemplo, en la vida cotidiana u otros campos de la experiencia, y ello aún cuando estas restricciones no siempre aparezcan expresa o directamente formuladas.

La particularidad de la prueba judicial frente a otro tipo de averiguación de hechos reside pues en que, en virtud de las normas jurídicas que la regulan, hay informaciones o datos que serían pruebas en otro contextos de investigación, pero que no lo son en el proceso.

De todos modos, en el plano de la regulación jurídica de la prueba cabe distinguir al menos dos orientaciones o concepciones: una “cerrada” y otra “abierta”. La primera, prevalente en los sistemas de civil law aunque no exclusiva de ellos, presenta una marcada tendencia a regular todo el fenómeno de las pruebas y a excluir del mismo aquellos aspectos que se sitúen fuera (o más allá) de la regulación.

Es decir, el sentido de la regulación es principalmente determinar (incluir) lo que puede ser considerado como prueba y, paralelamente, excluir lo que no puede. La prueba jurídica se concibe entonces como un fenómeno

independiente y al margen de cualquier otro sector de la experiencia. Esta concepción, de tono marcadamente formalista, es pues refractaria (o se “cierra”) al uso de los modelos epistemológicos y reglas racionales provenientes de otros sectores de la experiencia.

La segunda concepción (la “abierta”), prevalente en los sistemas de common law aunque no exclusiva de ellos, presenta por el contrario una marcada tendencia a reducir al máximo (y al límite excluir) la regulación jurídica de las pruebas. La regla general es aquí la **freedom of proof**, y por eso el sentido de la regulación es tan sólo el establecimiento de reglas de exclusión cuando existan razones para ello. La prueba se nutre de (o se “abre” a) los modelos epistemológicos y reglas racionales de otros sectores de la experiencia.

Las dos concepciones mencionadas no sólo representan modelos extremos sino además irrealizables, de modo que los concretos sistemas jurídicos se mueven entre ambas orientaciones, a las que se adscriben en mayor o menor medida. Y es que si parece imposible pensar en un sistema jurídico donde todos los aspectos del fenómeno probatorio estén completamente regulados por el derecho, tampoco parece fácil pensar en un sistema jurídico que encarne de manera absoluta el sistema de la freedom of proof, un sistema donde la prueba esté completamente desregulada, entregada por entero a las reglas epistemológicas o a los patrones de la racionalidad empírica.

En el contexto jurídico en el que la prueba se desenvuelve (y al que sirve), alguna regulación, aunque sea mínima, parece necesaria; y ello porque existen ciertos valores e intereses a los que el derecho debe brindar protección, y el sentido de la regulación de la prueba es justamente preservarlos, aún a costa, si fuera preciso, de menguar o incluso anular las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso.

En efecto, aunque algunas de las reglas jurídicas que gobiernan la prueba tienen como objetivo propiciar la averiguación de la verdad, y en este sentido pueden denominarse garantías epistemológicas, muchas otras (la mayoría) se enderezan directamente a garantizar otros valores, lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo.

Estos valores pueden ser de dos tipos. De un lado, un valor que podríamos llamar práctico, por cuanto expresa un rasgo básico del proceso judicial: su finalidad práctica y no teórica.

De otro, una serie de valores que podríamos llamar ideológicos, por cuanto no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto, sino que forman más bien parte de una cierta ideología jurídica.

Que el proceso tiene una finalidad práctica significa que tiene como objetivo primario la resolución de un conflicto: el conocimiento del pasado no es el objeto inmediato de la indagación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar.

Por eso, para resolver el conflicto, el juez está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial, y de ahí deriva una exigencia: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; tienen que existir expedientes institucionales que permitan fijar la verdad cuando ésta no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última.

Claro está que esta verdad última no será infalible, pero será final, en el sentido de que pondrá fin al conflicto autorizadamente. Las reglas de limitación temporal y algunas presunciones (la de “cosa juzgada” y las que se enderezan a proveer una respuesta judicial en caso de incertidumbre) son ejemplos de estas reglas, que desde luego no contribuyen a (o directamente merman la posibilidad de) que la verdad entre en el proceso.

Por otro lado, los ordenamientos jurídicos tienen que preservar también determinados valores ideológicos. Se trata más exactamente de valores extraprocesales que se consideran relevantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales) y justamente para preservarlos se instituyen en el proceso algunas reglas.

La mayoría de ellas son limitaciones o prohibiciones probatorias, es decir, reglas que impiden o limitan el uso de ciertas fuentes y/o medios de prueba y/o suprimen o limitan la eficacia de la información aportada por ellas. Reglas por tanto que, enderezándose primariamente a la tutela de los comentados valores, los hacen prevalecer frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad.

Constituyen ejemplos de estas reglas la prohibición, bajo “secreto de Estado”, de usar como pruebas ciertos documentos que podrían afectar a la seguridad del Estado; o las reglas que excluyen o dispensan del deber de declarar por razones de parentesco; o para proteger el secreto de las relaciones abogado/cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos; o la regla que establece la prohibición de admitir y valorar la prueba ilícitamente obtenida.

La vinculación de las reglas sobre la prueba a la protección de valores jurídicos merece dos observaciones: La primera es que la garantía de valores jurídicos importantes no es sólo el sentido de las reglas jurídicas sobre la prueba, si no que constituye también su razón justificatoria. Es obvio, en efecto,

que las normas jurídicas que regulan la prueba, al limitar o restringir la esfera de las reglas de racionalidad empírica, pueden menguar o incluso anular las posibilidades de averiguación de la verdad, y en esta medida sólo estarán justificadas cuando vengan exigidas por la necesidad de preservar o garantizar valores o intereses que en el contexto jurídico se consideran dignos de protección.

Por el contrario, si las reglas sobre la prueba no sirven a ningún valor, o si el valor al que sirven no tiene entidad suficiente, entonces, en la medida en que sí interfieren en el esquema de racionalidad empírica propio de la freedom of proof, su justificación será débil o nula.

La segunda observación vinculada a la anterior es que si una norma sobre la prueba está justificada (porque la restricción que introduce en el sistema de prueba libre es necesaria para proteger algún valor importante en el contexto jurídico), entonces cualquier debilitamiento en la realización de la regla es desde el punto de vista jurídico (no, desde luego, desde la perspectiva de la racionalidad empírica), censurable.

Que las normas restrictivas que regulan la prueba se orienten a (y se justifiquen en) la preservación de valores jurídicos que se consideran importantes pone de relieve que la regulación del fenómeno probatorio está muy vinculada a la cultura jurídica del sistema de que se trate, y por consiguiente pone de relieve su contingencia y relatividad.

Es obvio, pues, que la intensidad y el alcance de la regulación puede variar de sistema en sistema. Sin embargo, precisamente por ese fundamento o vínculo axiológico de las reglas sobre la prueba cabe observar que los ordenamientos que se inspiran en una misma cultura jurídica, y que por consiguiente auspician y promueven los mismos valores, tienden a reproducir limitaciones y restricciones probatorias semejantes.

Esto es lo que sucede particularmente con la regla de exclusión de la prueba ilícita, que está presente en todos los sistemas jurídicos que se insertan en el constitucionalismo liberal. Vale la pena comentar su fundamento, alcance y excepciones, por que en los últimos años, y a raíz de lo que algunos han denominado proceso de “norteamericanización” de esta regla de exclusión, consistente en la progresiva articulación de excepciones a la misma, se aprecia en este ámbito un repliegue (acaso jurídicamente injustificado) hacia el sistema de la freedom of proof. Pero con ello se debilita de manera espectacular la garantía de los derechos que la regla de exclusión incorpora.¹⁵

La resolución de controversias jurídicas plantea a quienes desempeñan la función jurisdiccional, el reto de llevar a cabo múltiples tareas intelectuales de una sofisticación insospechada al menos por los modelos tradicionales, como el

¹⁵ Gascón Abellán, Marina; op. cit., pp. 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 61, 62, 63.

silogístico interesados en destacar exclusivamente la faceta deductiva del proceso de toma de decisiones en sede judicial.¹⁶

1.3 Necesidad de la Prueba y su Valoración.

El convencimiento o certeza que la prueba debe aportarles a los hechos del proceso es lo que se denomina la función de la prueba; todo proceso supone la aplicación de normas jurídicas preexistentes a determinados hechos concretos o la determinación de la norma aplicable a aquellos; pero en todo caso, es necesario determinar la certeza de los hechos, precisamente ahí radica la función de la prueba, en procurar certeza sobre los hechos respecto de los cuales debe pronunciarse la regla de derecho. Se trata de que los hechos a que se refiere la decisión judicial deben estar demostrados por los medios y dentro de las oportunidades legales para hacerlo. El principio prohíbe utilizar el conocimiento privado del juez.¹⁷

Como sabemos, es un aforismo o principio la llamada “Teoría de la Prueba”, consistente en que “los hechos sobre los cuales ha de fundarse la decisión judicial necesitan ser demostrados”.

Es cierto también, que de acuerdo con el artículo 20 apartado A fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice:

“.....III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.”¹⁸

Es decir, para efecto de la sentencia en Sistema Acusatorio y Oral del Proceso Penal, solo se considera como prueba aquella desahogada en la audiencia de Juicio.

Lo que ha construido conforme al derecho comparado y la doctrina, la formulación del postulado de que todo elemento de convicción que se presente en las fases previas del proceso, preliminar e intermedia, solo serán consideradas como fuentes o datos de prueba, como una graduación cualitativa por no haberse sometido a la inmediatez del Juez y control horizontal de la contraria o contradicción de la prueba.

Pero esta prelación limitativa del sistema acusatorio en materia penal, no priva del supuesto elemental al inicio señalado, los hechos requieren ser probados. La teoría fáctica de las partes primordialmente de la fiscalía quíen

¹⁶ Aguilera-García; Edgar R: (Enero-Junio 2008) “*El concepto de estándar de prueba*”. Revista de Derecho de Posgrado de la UNAM. Vol.4 numero 6, p. 91

¹⁷ “*La Prueba en el Sistema Acusatorio en Mexico*. (2011). (Prueba Ilícita; Eficacia y Valoración) 2ª ed. México D.F. Ed. SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación. p.26.

¹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente; op. cit., p.17

asume la carga de la prueba no puede prescindir de su elemental objeto, la prueba.

Igual que la razón indica, que toda afirmación de un hecho requiere ser demostrada cuando en ella se funda una causa de pedir, como elemento necesario de toda pretensión porque solo así puede comprenderse el derecho que se exige.

También informa que toda decisión sobre la aplicación de una norma jurídica exige como supuesto la realización de la hipótesis que regula, por ello la necesaria valoración de la prueba que la demuestra.

De manera tal, que la valoración de la prueba, como la necesidad de ésta para la aplicación de la ley, son elementos indispensables sobre los cuales ejerce naturalmente su función esencial el órgano jurisdiccional, declarar el derecho.

Por tanto, en la etapa de investigación o preliminar del proceso penal, por más que constituya una graduación cualitativa los elementos demostrativos que se suministren por invocación al juez, son ésta la materia en que motiva y estructura sus decisiones. Luego, no pueden quedar al margen del sistema de valoración de la prueba, libre y lógica que preconiza la fracción II Apartado A del artículo 20 Constitucional, que establece:

“II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;”¹⁹

Aún los datos de prueba durante la fase preliminar, máxime cuando ordena el mismo precepto en su fracción IX, la regla de exclusión de la prueba ilícita, ordenando que **“CUALQUIER PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES SERA NULA”**

Ya que dicho principio se erige como una regla de garantía para proteger a las personas de los actos arbitrarios de las autoridades durante la investigación del delito, de ahí que se le vincule directamente con la garantía del Debido Proceso Legal, no obstante su inclusión en la regulación del proceso penal, porque garantiza un debido proceso que no se sustente en violaciones al sistema, al disuadir a las autoridades a recurrir a prácticas arbitrarias bajo la consabida sanción de que serán inútiles.²⁰

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Alvarez-Bastida, Simón Bernardo: Valoración de la Prueba Ilícita en la Etapa Preliminar. Necesidad de la Prueba y su Valoración. Poder Judicial del Estado de México; obtenido del sitio web www.poderjudicialags.gob.mx/.../M1-D%20-%20Estado%20de%20Méxi. El día 1 de marzo del 2014 a las 20:00hrs pp. 1,2,3.

En resumen, la prueba permite aproximar al juzgador a descubrir la verdad histórica de un hecho delictuoso, lo que representa la mayor garantía en contra de la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Así la aplicación del sistema constitucional penal dispone que la audiencia de juicio se desarrolle en presencia del juez, sin que este pueda delegar en ninguna otra persona el desahogo y la valoración de las pruebas, de tal suerte que percibirá con sus propios sentidos la fuerza probatoria de los antecedentes y las evidencias que los propios intervinientes lleven a juicio, sin perjuicio de la prueba anticipada.

El sistema acusatorio romperá el esquema de valoración de la prueba tasada, adoptando un nuevo sistema de valoración, el que sin embargo impone ciertos límites al juzgador, como son las reglas de la lógica, sana crítica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos. Con ello, será más efectiva y cierta la ponderación probatoria, la cual, al ser pública, se someterá al escrutinio de las partes y de la sociedad, toda vez que la publicidad de los juicios permitirá escrutar las decisiones jurisdiccionales de manera más transparente.²¹

La valoración es la actividad jurisdiccional consistente en asignar un valor a las pruebas que se desahogaron en juicio para efectos de la sentencia. Es la forma en la que el órgano jurisdiccional da por acreditados o no los hechos materia del juicio, conforme a las pruebas que se presentaron.

En el sistema penal acusatorio impera la libre valoración de las pruebas, bajo el sistema de la sana crítica.

a) Sana crítica: La sana crítica es un sistema de valoración libre de la prueba en el que el órgano jurisdiccional no se encuentra sujeto a reglas rígidas que le asignan un valor predeterminado a las pruebas, pero tampoco tiene una libertad total que significaría una decisión basada únicamente en su íntima convicción o en los dictados de su conciencia.

La sana crítica ha sido definida como “las reglas del correcto entendimiento humano”. Este sistema de valoración implica que no se deben contradecir las reglas o principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

b) Reglas de la lógica: Las reglas de la lógica constituyen un límite a la libertad de apreciación de las pruebas por parte del órgano jurisdiccional, esto debido a que tiene que respetar las leyes del pensamiento al momento de valorar las pruebas, por lo que un error de logicidad puede provocar un recurso que tienda a atacar la motivación del juez al momento de analizar las pruebas.

Como muestra se señalan dos principios de la lógica que deben ser observados al momento de valorar las pruebas:

²¹ Madero-Estrada, José Miguel: “La Prueba en el Sistema de Justicia de Corte Acusatorio y Oral”. UNAM. 2013 obtenida del sitio web <http://www.nnc.mx/editorial/108640.php> el día 23 de marzo del 2014 a las 15:24hrs. p. 3

i) Principio de identidad: Se enuncia de la siguiente forma: “Todo objeto de conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo.” En otras palabras “una cosa es lo que es”; esta ley del pensamiento exige que todo concepto y todo juicio debe ser idéntico a sí mismo y no se puede cambiar un concepto por otro, ya que se corre el riesgo de cometer un error lógico.

ii) Principio de no contradicción: Significa que: “Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto”. De acuerdo con esta regla si en dos juicios enunciativos, uno afirma y el otro niega la conveniencia de tal o cual determinación, relativo al mismo objeto-sujeto, en iguales condiciones de espacio y tiempo, estos juicios son contradictorios, y por tanto, no es posible que los dos sean verdaderos.

c) Conocimientos científicos: En la importancia de la valoración de las pruebas, un referente obligado es la correcta apreciación de los conocimientos científicos. Esto significa que el órgano jurisdiccional no puede otorgar valor alguno a aquellas pruebas que manifiestamente contradigan el conocimiento vigente aprobado y reconocido por alguna ciencia.

d) Máximas de la experiencia: Las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.

Responden al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, producen únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que le corresponde como criterio de orientación en la valoración, no como juicio confirmativo de los hechos.

II) Conceptos que no conforman la base de datos y que no se encuentran en la normatividad .

a) Indicio: Es el elemento material que se encuentra en el lugar de la investigación, en la víctima o en el imputado, que puede o no tener una relación con el hecho que se investiga. Los indicios también pueden ser aportados de forma directa a las autoridades.

b) Evidencia

Es todo indicio que tiene relación con el hecho que se investiga. Es la certeza clara, manifiesta y perceptible que no permite una duda racional.

c) Evidencia física: Es todo elemento tangible que permite objetivar una observación y es útil para apoyar o confrontar una hipótesis. Es un indicio

material que, previos exámenes periciales correspondientes, se confirma que tiene una relación lógica y directa con el hecho que se investiga, aportando información valiosa y verificable para la investigación.

d) Evidencia demostrativa: Es la evidencia que sin ser el objeto tangible, lo representa. Se presenta con el objetivo de explicar o proporcionar al tribunal información que le permita entender los hechos y acciones del caso en juicio.

e) Prueba de referencia: Es toda aquella declaración realizada fuera del juicio oral, con la finalidad de probar o excluir uno o diversos elementos del delito, grado de intervención, circunstancias atenuantes o agravantes, naturaleza o extinción del daño causado y cualquier otra circunstancia esencial que no sea posible desahogarla en el juicio oral. Es una prueba frágil, en tanto que su desahogo en juicio oral no proviene de la fuente original.

f) Prueba preconstituida: Es una prueba preexistente al proceso, nace fuera de éste y sin intervención del órgano jurisdiccional. Tiene como característica fundamental que es irrepetible y alcanza su eficiencia al ser presentada en juicio oral.

g) El hecho como objeto de la prueba: Se refiere a que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes. El hecho es el objeto de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que es probado en el proceso.²²

Ahora bien, en el sistema tasado tanto el valor que se da a las pruebas como las condiciones o requisitos para su apreciación se encuentran preestablecidos en la norma jurídica, por lo que el juzgador tiene que ajustarse al contenido dispuesto en la ley, quedando así su decisión limitada por el legislador. En este sentido, el juez admite las pruebas aunque, por su lógica y razonamiento pueda llegar a una conclusión contraria, puesto que se encuentra vinculado por la norma.

Según la prueba tasada el legislador da un valor al material probatorio, resultando entonces que documentos públicos, la inspección judicial, los cateos y las visitas domiciliarias, entre otros, hagan prueba plena. De acuerdo a este sistema, las pruebas presentadas por el Ministerio Público tienen fe pública y el juzgador no tendrá que hacer ningún razonamiento respecto a la admisibilidad de las mismas. Este método presenta el inconveniente de no promover igualdad procesal debido a que la defensa no podrá presentar elementos que contravengan lo manifestado por el órgano acusador.

²² Romero-Guerra, Ana Pamela; Medina-Flores Laura Elizabeth; García-González Rosa Daniela: "Las Pruebas en el Sistema Penal Acusatorio". Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal". obtenida del sitio web <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGEPN-15LasPruebas.pdf> el día 10 de junio 2014 a las 8:39 hrs. pp. 19-23.

En la libre valoración de la prueba se ha señalado que la Ley de Enjuiciamiento española de 1855 consagraba este modelo, sin embargo ya se establecía desde 1849 en el Reglamento de lo contencioso. Este sistema es señalado en los códigos procesales europeos y latinoamericanos desde hace más de un siglo. Se trata de la libertad que tiene el órgano jurisdiccional para apreciar la prueba, la cual seguirá los lineamientos y reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, el conocimiento científico y el sentido común. En otras palabras, la lógica, la ciencia y la experiencia serán las pautas que tendrá el juez para estimar las pruebas, no existiendo otros métodos de control para la valoración de éstas. Este modelo no basa la apreciación de la prueba en lineamientos legales sobre la forma en que se debe de probar, o sobre el valor que se le debe dar. Contempla que el órgano juzgador queda sujeto a una “sana crítica racional” acotado por la lógica, el sentido común y la ciencia. De esta manera se impone al juez la obligación de explicar las razones de su apreciación de la prueba, lo que comprobó y cómo lo hizo, es decir con que medios. También es importante aclarar que aunque el principio de libertad probatoria establece que en el proceso penal se puede probar por cualquier medio probatorio, este principio se encuentra limitado por la pertinencia, idoneidad, legalidad y utilidad de los medios de prueba utilizados.

Ahora bien, si bien es cierto que el Pacto Federal Mexicano no establece específicamente cuál de estos sistemas de valoración de la prueba es el aplicable en el nuevo sistema de justicia penal, el artículo 20 constitucional en su apartado A, fracción segunda acoge precisamente este último sistema al disponer que:

“Toda la audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;”

Es relevante hacer notar que el órgano jurisdiccional en su resolución, además de expresar el razonamiento que llevó a cabo para valorar los medios de prueba, es decir por qué le dio validez a una prueba y a otra no, tendrá que motivar los hechos. En otras palabras, deberá explicar cómo con la ayuda de la lógica, la experiencia o el conocimiento científico justifica el hecho afirmado o negado en su determinación judicial o si se tienen por acreditadas las proposiciones sobre los hechos del caso. La resolución del juez no se reduce a una simple narración, sino que tiene que incluir las razones en que descansa su convicción y el análisis que hizo para alcanzar la misma.²³

Por otra parte, cabe hacer mención del **Artículo 402 del Código Nacional de Procedimientos Penales que bajo título “Convicción del Tribunal de enjuiciamiento” refiere:**

²³ De la Rosa-Rodríguez Paola: “Breve Estudio de la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial”. Ed. Derecho en Libertad; obtenida del sitio web http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Breve_Estudio_de_la_Prueba_en_el_Sistema_Acusatorio_Adversarial.pdf el día 12 enero del 2014 a las 12: 54 hrs. pp. 71,72,74

El Tribunal de enjuiciamiento apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, de manera libre y lógica; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos lícitamente e incorporados al debate conforme a las disposiciones de este Código.

En la sentencia, el Tribunal de enjuiciamiento deberá hacerse cargo en su motivación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.²⁴

1.4 Prueba Ilegal, Prueba Ilícita y Prueba Nula

La teoría de la prueba ilícita es quizás una de las materias más complejas en el campo de la dogmática procesal, pero a la vez una de las más apasionantes pues presenta una clara implicación constitucional.

Al analizar dicha materia nos encontramos ya con una primera dificultad derivada de la diferente terminología que vienen utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia, pues la misma dista bastante de ser uniforme.

Es frecuente que se emplee indistintamente términos como el de la prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. A ello se añade que estas diferencias terminológicas implican, en muchas ocasiones, verdaderas divergencias conceptuales.

Debemos diferenciar entre el **principio de legalidad de la prueba** y el **principio de licitud de la prueba**.²⁵ El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley.

Además, descansa en la necesidad de que toda actividad probatoria implica el sometimiento a un orden jurídico condicionado a un bloque de constitucionalidad cuya integración se perfecciona con la propia constitución, los tratados internacionales y las leyes secundarias, por lo que en todo procedimiento el juzgador solo deberá admitir como medios de prueba

²⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales. op., cit. p. 216

²⁵ Miranda-Estrampes, Manuel; op. cit., p.132.

(incluyendo la prueba anticipada y la irreproducible) los que sean obtenidos e introducidos de conformidad a las exigencias de la ley.

Dimensionándose este principio a través de dos estadios: el **aspecto formal o directo** que consiste en que las partes al obtener y ofrecer la prueba deberán sujetarse a las formalidades que para ello exija la ley procesal, y el **aspecto material o directo** que constriñe a las partes a obtener la prueba sin que haya mediado tortura, amenazas o violación a derechos fundamentales²⁶

Este principio se encuentra establecido en el artículo 263 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* que a la letra dice:

“Artículo 263. Licitud probatoria Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.. . . .”²⁷

Sobre la base de estos dos principios y desde un plano dogmático, con la finalidad de introducir cierta claridad en este tema, deberíamos partir de la diferenciación conceptual de dos categorías: prueba ilícita y prueba irregular (ilegal), con un significado y alcance distintos.

Por **prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de los derechos fundamentales**. Por el contrario, **prueba irregular (ilegal), sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales**.

La anterior diferenciación conceptual tiene un enorme repercusión, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular o ilegal, quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación.²⁸

Al efecto el artículo 97 del Código Nacional de Procedimientos Penales bajo el rubro **NULIDAD DE ACTOS PROCEDIMENTALES** refiere que:

“Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el Órgano jurisdiccional al

²⁶ Jimenez-Othon; “El Juicio Oral. Sistema Acusatorio Adversarial”. 2012; obtenida del sitio web <http://eljuiciooral.blogspot.mx/> el día 12 de febrero del 2014 a las 9:38 hrs. p. 163

²⁷ Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales; idem.

²⁸ Miranda Estrampes, Manuel; op. cit., pp.133,134.

momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento.

Los actos ejecutados en contravención de las formalidades previstas en este Código podrán ser declarados nulos, salvo que el defecto haya sido saneado o convalidado, de acuerdo con lo señalado en el presente capítulo.²⁹

El elemento probatorio estará “salpicado” de ilicitud, básicamente, por dos motivos:

◆ **Por el procedimiento utilizado**

Dice Devis Echandía que “un testimonio es una prueba lícita; una confesión, es una prueba lícita; pero si aquel o ésta se obtienen mediante coacciones, mediante violencia, mediante tortura... se convierte en un medio ilícito de administrar justicia”; no sólo la tortura torna ilegal la “prueba judicial” obtenida. La prueba es ilícita “desde que se aplique coacción de cualquier clase y en cualquier magnitud sobre las personas. Coacción física, coacción psíquica, coacción moral...”

En una palabra, será ilícito todo aquel elemento probatorio que sea consecuencia de un procedimiento irrespetuoso de las formas que la Ley establece para la obtención de la prueba.

◆ **Por la prueba misma**

Además, el elemento probatorio arrimado al proceso será ilícito “aun cuando el procedimiento adoptado sea corriente y normal” si se trata, por ejemplo, de aquellos documentos que instrumenten secretos profesionales o de Estado; o de aquellos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo; o de las cartas o papeles privados que hubieren sido sustraídos.

En definitiva, como regla general, no deben valorarse aquellas pruebas (que por sí o por el procedimiento llevado a cabo para obtenerlas) atenten contra el orden público, la moral o las buenas costumbres o estén prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico-positivo *íntegramente* considerado.

Como pudimos advertir, la gran mayoría de los ejemplos que hemos dado “pertenecen” al fuero penal; sin embargo en el proceso civil también podemos imaginar algunos: supongamos el caso de un oficio que no debió diligenciarse porque la parte a la que le correspondía hacerlo fue negligente, o el de la pericia ofrecida fuera del plazo de prueba y – no obstante ello –

²⁹ Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales; op. cit., p.56

practicada. No hay dudas de que el informe o el dictamen – incorporados a las constancias de autos – que resulten de aquel oficio o aquella pericia deberán ser “desglosados” del expediente.³⁰

Ahora bien, por otro lado, **prueba nula** significa que está afectada de un vicio de especial gravedad, de manera que no debe producir efecto alguno, y si lo produjese podrá ser anulada en cualquier momento sin posibilidad de que tenga lugar su convalidación por medio alguno. Ejemplo: prueba obtenida violando los derechos fundamentales (ese sería su vicio de especial gravedad) y que queda excluida del proceso no existiendo posibilidad de subsanarse el vicio que provoco su nulidad.

1.5 Diferencias entre Fuente de Prueba, Medio de Prueba y Objeto de Prueba.

Otro de los temas que resulta especialmente interesante en lo que respecta a la Teoría General de las Pruebas lo constituye la diferencia entre fuente, medio y objeto de las mismas. En tal sentido consideramos pertinente el enfoque teórico-práctico de cada uno de estos los cuales, a nuestro juicio, constituyen en si mismos un tema específico, para así posteriormente, establecer las correspondientes diferencias entre esta triada de vocablos que en oportunidades pudieran ser objeto de confusión.

FUENTES DE LA PRUEBA.- Cuando se habla de fuente de la prueba F. CARNELUTTI la define como “los hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho a probar”. A su juicio las fuentes de las pruebas se agrupan en dos grandes categorías según constituyan o no la representación del hecho a probar, pero dejando por sentado que en cualquiera de los dos casos existen fuentes de la prueba.

En tal sentido, este autor distingue entre las fuentes de prueba, la cual coincide con el concepto anteriormente citado y que están constituídas por la representación del hecho a probar; y las fuentes de presunción que son todos aquellos hechos que sirven para la deducción del hecho a probar y que no están constituídos por la representación de éste.

Otro criterio que cita Carnelutti para la distinción entre las categorías antes indicadas lo constituye el de la inmediatidad de la relación existente entre el hecho que constituye la fuente de conocimiento y el hecho a probar, así **son fuentes de prueba “los hechos de los cuales se deduce inmediatamente la existencia del hecho a probar**, mientras que son fuentes

³⁰ Lorenzon-Brondino, César: (2007). “*La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador*”. IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Revista Buenos Aires. XXXI. pp. 4, 5, 6.

de presunción los hechos de los cuales dedúcese solo mediatamente la existencia del hecho a probar”.

Según lo expuesto por H. DEVIS ECHANDIA, para que la fuente de la prueba llegue a la mente del juez y éste la identifique, se requiere de una operación mental a la que le antecede una sensorial, es decir la necesidad de un proceso deductivo de lo percibido. Devis plantea que la deducción resulta más clara cuando se trata de pruebas indirectas, es decir aquellas que se fundan en circunstancias provenientes de un hecho conocido, toda vez que el hecho que se va a probar es distinto del hecho que sirve de prueba y en este caso el silogismo a utilizar para llegar a la conclusión resulta expreso, como ocurre en el caso de la prueba testimonial, en la cual el juez deberá partir del hecho mismo de la prueba deducir el hecho que se pretende probar en el proceso, en este caso el testigo media entre el hecho por él descrito y el juez. De dicho interrogatorio el juez deberá deducir el hecho alegado por las partes, por lo que el conocimiento en el juez se creará a partir de la idoneidad y pertinencia de la misma. Por otra parte, en el caso de las pruebas directas, es decir, aquellas que se relacionan de modo inmediato y concreto con el hecho controvertido, el juez debe deducir de lo que percibe la existencia del hecho mismo que se pretende probar, como sería en el caso de la inspección judicial en la cual el juez de la propia apreciación deduce la existencia del hecho mismo que procura probarse, en este caso como dice Alsina la impresión que ellos causan es tan viva como la luz en la vista. De esta manera la fuente de la prueba puede consistir en hechos representativos de otros o simplemente expresivos de si mismos, abarcando en tal sentido cualquier manifestación física o natural, cosas en general, conductas, relaciones humanas e incluso las propias personas físicas.

Por lo que podemos afirmar que las fuentes de las pruebas, independientemente que acojamos el criterio de la representación o de la inmediatividad, constituyen hechos distintos de los que se pretenden probar en un determinado juicio, a partir de los cuales el juez deduce la existencia o no del hecho controvertido en el mismo.

MEDIOS DE PRUEBA.- En opinión de H. Alsina se entiende por medio de prueba **el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción.** La prueba se produce por alguno de los medios que la ley admite y así es motivo de prueba la declaración por un testigo veraz del hecho por él presenciado. De ellos resulta evidente la diferencia entre medio de prueba y prueba misma, sobre lo que haremos referencia más adelante.

Para F.RICCI los medios de prueba son aquellos adecuados para provocar en el juez el convencimiento de que un hecho dado se ha verificado fundando los mismos en los determinados por la ley. De tal manera que RICCI afirma que: “ Una doble razón, el interés público de un lado y el interés privado

del otro, ha inducido al legislador a determinar los medios de prueba y a no dejar esto al arbitrio judicial o de las partes. Es de público interés que los derechos de cada ciudadano sean ciertos, y esta certeza no se puede tener prácticamente si no son ciertos los medios por los cuales se puede demostrar su existencia. Ocurre así, cuando todos sabemos si un medio de prueba dado esta reconocido como tal, y cual es la eficacia que se le atribuye. Dejando los medios de prueba y la apreciación de su valor al arbitrio del juez, no se tiene la certeza del valor que por parte de éste se atribuirá a una medio de prueba determinado, y tal incertidumbre en la prueba no puede menos de producir la incertidumbre del derecho mismo”.

De tal modo en el sistema de pruebas legales, la seguridad jurídica se nutre de la necesidad del conocimiento de los medios de prueba, y al mismo tiempo su determinación no puede dejarse a la discrecionalidad del juez y menos aún, de las partes. Por ello al concebir los medios de prueba como elementos o instrumentos que deben estar expresados en la ley, es el propio derecho el que regula su existencia y aplicación.

Por otra parte una opinión que consideramos importante citar es la de CARNELUTTI para quien, **“medio de prueba es, ante todo, la percepción del juez”**, es decir, **que el juez al momento de tener el contacto con las fuentes de las pruebas depende básicamente y en principio de la percepción, la cual logra a través de los sentidos**. Sin embargo desde el punto de vista practico existen ciertas dificultades para la apreciación de la prueba conforme a este criterio, por lo que pudiera resultar necesario la intervención de otras personas en la percepción de los objetos o de las fuentes de prueba y esto se puede dar por circunstancias inherentes al oficio del juez o por aquellas que estén relacionadas con su capacidad. El primer caso se da cuando se comisoona un tribunal para practicar una inspección judicial, aquí opera la sustitución del juez por otra persona en la actividad perceptiva. De igual manera en el segundo caso también se da la sustitución cuando el juez recurre a la experticia, es decir cuando el juez requiere una percepción técnica o cuando el hecho a probar sea materia de reglas técnicas y no de reglas de experiencia común. Según los casos la intervención de otra persona o la asistencia de esta, sería, o bien necesaria, o bien conveniente, a los fines de ayudar al juez en su proceso deductivo. Por lo que CARNELUTTI se llama medio de prueba a la propia actividad del juez, la cual se manifiesta en los órdenes ya señalados: el perceptivo que se coloca sobre el hecho exterior, y el deductivo (fuente de la prueba) que generalmente culmina con la inclusión de las presunciones, entendiendo por estas “las consecuencias que la ley o el juez sacan de relaciones de hecho demostradas”.

Tomando como base las opiniones anteriormente expuestas y siguiendo el criterio de H. DEVIS ECHANDA, los medios de prueba pueden ser enfocados desde dos perspectivas diferentes:

a) La primera noción que concibe a los medios de prueba como la actividad del juez o las partes, orientada a lograr en el juzgador el conocimiento de los hechos en el proceso a través de la percepción y deducción, opinión esta que, coincide con la de CARNELUTTI. En este orden de ideas se incluye la confesión de las partes, la declaración de un testigo, el dictamen de un experto, entre otras.

b) En segundo punto de vista concibe a los medios de prueba como instrumentos y órganos que suministran al juez el conocimiento, como lo serían, la parte confesante, un testigo, el experto, entre otros.

En opinión de Devis resulta la misma noción contemplada desde dos aspectos distintos. En todo caso, “el medio suministra los hechos fuentes de la prueba y por tanto el hecho por probar no se deduce de aquel sino de estos.” Por ello resulta indispensable la adecuada distinción entre fuentes, órganos, motivos y medios, por lo que, el testigo, el experto y la parte confesante, según Davis, son los órganos; el testimonio, el dictamen y la confesión, son los medios; y los hechos narrados son las fuentes, en tanto que aquello que hace convincente a esa prueba son los argumentoso motivos. En tal sentido es perfectamente posible que un medio de prueba sencillamente no haga prueba de nada, toda vez que de él no se obtiene certeza alguna de los hechos según lo han expresado las partes.

La existencia de los medios de prueba dependerá del sistema que impere en una determinada legislación. Así Carnelutti y Ricci afirmaban que estos debían estar indicados expresamente en la ley, señalando este último que ello obedecía tanto a un interés público como privado. En este sistema de las pruebas legales o tarifa legal, los medios de prueba utilizables en un proceso son limitados por el legislador, ya que de este modo se pueden fijar anticipadamente el mérito de ellos, en tal sentido el juez solo puede servirse de determinados medios y apreciarlos conforme lo indique la propia ley. Por otra parte en el sistema de la libre apreciación o prueba libre, se deja al juez en libertad para ordenar o admitir todos aquellos medios que considere necesario y útiles para la formación de su conocimiento y convencimiento acerca de los hechos. De igual modo existen sistemas mixtos en donde el sistema de la prueba libre se muestra como un complemento del sistema de la prueba tarifada.

OBJETO DE LA PRUEBA: En términos generales la prueba tiene por objeto de demostración de la existencia o inexistencia de un hecho, por lo tanto todo lo que pueda ser objeto del conocimiento y que se alega como fundamento del derecho que se pretende, debe ser entendido como objeto de la prueba. Para H. Alsina los hechos que deben probarse son aquellos del cual surge o depende el derecho discutido en un proceso y que resultan determinantes en la decisión del mismo. Es así que en ocasiones ciertos hechos sirvan solo para llegar al conocimiento de otros que resultan creadores

de la convicción del juez de los acontecimientos de estos. En tal sentido el sentenciador, deberá resolver sobre la prueba de hechos que hayan sido expuestos en la correspondiente demanda, como también sobre aquellos que sean conducentes a la demostración de los hechos alegados por las partes. De igual manera hay determinados hechos cuya prueba no resulta necesaria, como lo serían aquellos confesados o admitidos por las partes. Para H. DEVIS HECHANDIA por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, es decir, resulta aquello sobre lo que puede recaer la prueba y que sea susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del estado, abarcando los hechos del pasado, presentes y futuros, así como los asociados con determinadas operaciones reducibles a silogismos o principios filosóficos. Según Davis por hechos debemos entender todo lo que pueda ser percibido y que no es simple entidad abstracta idea pura, es decir todo lo que pueda probarse para fines procesales.

En este sentido jurídico se entiende por hechos: a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio y calificación que de ellos se tengan. b) Los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana, c) Las cosas y los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos, d) La persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc., e) Los estados y hechos psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad, siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces corresponderían al primer grupo.

En el anterior orden de ideas podemos afirmar que es objeto de la prueba la reconstrucción histórica de un hecho que se pretenda demostrar, extendiéndose más allá del ámbito judicial, pudiendo abarcar la reconstrucción histórica de un hecho de investigación científica, física, numérica, etc. Podríamos también afirmar que objeto de la prueba es todo aquello que está sujeto a la percepción sensorial del hombre.

Por otra parte dentro del objeto de la prueba se incluye la necesidad de la prueba, la cual está referida a que las partes involucradas en el proceso deben demostrar los hechos que soportan sus correspondientes afirmaciones pertinentes a la controversia, y en este sentido tratar de probar o hacer una afirmación ajena al mismo desarticula la utilidad de la prueba. En este sentido se discute si el objeto de la prueba está relacionado con los hechos o más bien con las afirmaciones de las partes, consideramos que uno y otro se encuentran ineludiblemente relacionados, ya que al afirmar las partes en un juicio se crea la necesidad de probar los hechos vinculados con tales afirmaciones; aquí

existe una concordancia lógica, ya que toda afirmación expresada en un proceso esta asociada a una determinado hecho que deberá ser probado.

Expuestas como han sido las precedentes consideraciones teóricas, y dejando a salvo las diferencias que se han expuesto durante el desarrollo de las mismas, creemos convenientes especificar las distinciones entre las nociones estudiadas, para dejar claramente establecido el rol que cada una de ellas cumple en el proceso y el tratamiento que le dispensa el juez al momento de sentenciar.

En primer lugar, resulta necesario distinguir entre fuente y medio de prueba. En este sentido, la fuente de la prueba se manifiesta a través de los medios y como lo afirmamos con anterioridad, este ultimo se entiende como la actividad del juez o las partes, orientada a lograr en el juzgador el conocimiento de los hechos en el proceso a través de la percepción y deducción, es decir a través de estos medios el juez conoce la fuente de la prueba y de este deduce el hecho que se va a probar por lo que la fuente se nos muestra como hechos percibidos por el juez y que requieren de una operación deductiva, en tanto que los medios no se conciben como hechos, sino como una actividad o en su defecto como el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra el fundamento de su convicción.³¹

En resumen:

OBJETO DE LA PRUEBA: son las afirmaciones o realidades que deben ser probadas en el proceso. El tema objeto de la prueba busca una respuesta para la pregunta que se prueba que cosas deben ser probadas. Esta división elemental suministra una primera noción para el tema de estudio regularmente el derecho no es objeto de prueba sólo lo es el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio.

FUENTES DE PRUEBA: son fuentes de pruebas todos aquellos datos que existiendo con independencia del proceso se incorpora a éste a través de los distintos medios de prueba.

Mientras estos como dice Carnelutti se hallan conformados por la actividad del juez mediante el cual busca la verdad del hecho a probar, la fuente de prueba es el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad.

Conforme al concepto precedente enunciado son por ejemplo fuentes de prueba las circunstancias o características de la cosa inspeccionada por el juez, la materialidad del documento o el hecho en él consignado, o el hecho declarado por la parte, el testigo o el informante o aquel sobre el cual versa la prueba pericial.

DIFERENCIA ENTRE FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA.

³¹ Acosta-Vázquez, Luis A: (Julio-Diciembre 2007) "*Diferencias entre medio, fuente y objeto de la prueba*". Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Rafael Urdaneta. Vol.I No. 2.pp. 51-70.

Mauro Chacón las distingue de esta manera: Con la expresión fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan.

Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal.

Veamos las diferencias en los supuestos concretos. En la prueba testimonial el testigo y su conocimiento de los hechos (fuente) preexiste al proceso y existe aunque el proceso no llegara a realizarse nunca; iniciado el proceso, una de las partes se servirá de esa fuente para convencer al juzgador de la realidad de sus afirmaciones de hecho, y para ello la ley le ofrece un método de aportación consistente en la declaración del testigo, regulando esa actividad (medio).

Lo mismo ocurre con el resto de las pruebas; en la declaración de la parte la fuente es la parte y su conocimiento, medio de prueba su declaración; en la documental, la fuente es el documento y el medio la actividad que debe realizarse para su aportación al juicio.

Recuérdese que la prueba es actividad, por lo que los medios de prueba tienen que ser también actividad, pero no en el vacío sino incorporando algo al proceso, ese algo es la fuente.

1.6 Dato de Prueba, Medio de Prueba y Prueba según el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Expuesto lo anterior, respecto a lo relacionado con la fuente, medio y prueba es imperativo seguir explorando el tema a efecto de abundar y conocerlos desde el punto de vista legal en el plano nacional y local.

Ahora bien, cabe aducir que el **Código Nacional de Procedimientos Penales** en su artículo **261** dentro del capítulo IV de las Disposiciones Generales Sobre la Prueba, establece que: “El **dato de prueba** es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Los **medios** o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

Se denomina **prueba** a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación³².

1.7 Sistemas de Valoración de la Prueba.

1. *Tarifa Legal o Prueba Tasada.*

En este sistema tanto el valor que se da a las pruebas como las condiciones o requisitos para su apreciación se encuentran preestablecidos en la norma jurídica, por lo que el juzgador tiene que ajustarse al contenido dispuesto en la ley, quedando así su decisión limitada por el legislador.

En este sentido, el juez admite las pruebas aunque, por su lógica y razonamiento pueda llegar a una conclusión contraria, puesto que se encuentra vinculado por la norma.

Según la prueba tasada el legislador da un valor al material probatorio, resultando entonces que documentos públicos, la inspección judicial, los cateos y las visitas domiciliarias, entre otros, hagan prueba plena. De acuerdo a este sistema, las pruebas presentadas por el Ministerio Público tienen fe pública y el juzgador no tendrá que hacer ningún razonamiento respecto a la admisibilidad de las mismas.

Este método presenta el inconveniente de no promover igualdad procesal debido a que la defensa no podrá presentar elementos que contravengan lo manifestado por el órgano acusador.

2. *Íntima Convicción.*

Surge en la época de la Revolución Francesa cuando las leyes de este país, promulgadas en 1791, exhortaban a los miembros del jurado a escuchar atentamente y a expresar su creencia u opinión según su íntima convicción y atendiendo a su libre conciencia.

En 1808 el *Code d'Instruction Criminelle* permite la aplicación del sistema de íntima convicción, originando la aplicación de dicho sistema a la mayoría de los sistemas procesales europeos. Se tiene conocimiento de que el modelo se esparce una vez que la institución del jurado popular fue instaurada –a finales del siglo XVIII y a principios del XIX– puesto que la prueba legal o tasada

³² Código Nacional de Procedimientos Penales; op.,cit. pp. 152, 153.

resultaba absurda, ya que al momento de emitir su veredicto, el jurado sólo da a conocer su conclusión de culpable o inocente sin necesidad de fundamentar su respuesta.

Para este método, será suficiente la convicción mental o intelectual del órgano decisor respecto de una versión de los hechos. Es decir, se trata de un modelo subjetivo que no exige por parte del juez la explicación de su razonamiento que lo llevo a obtener dicho convencimiento. Los Estados Unidos de Norteamérica han adoptado este sistema, correspondiendo a los jurados la decisión sobre la culpabilidad o inocencia de un ser humano y justamente como se ha establecido, los miembros del jurado no tienen que dar explicaciones sobre la forma en que razonaron las pruebas.

El modelo en comento presenta el inconveniente de que no se verifican los motivos ni el análisis que se hizo para tomar una determinada decisión, y se ha considerado que la apreciación hecha por el jurado pudo haber sido inadecuada o bien que ciertos prejuicios, suposiciones o aspectos emocionales pudieron estar involucrados en la decisión.

3. Libre valoración.

Se ha señalado que la Ley de Enjuiciamiento Española de 1855 consagraba este modelo, sin embargo ya se establecía desde 1849 en el Reglamento de lo contencioso. Este sistema es señalado en los códigos procesales europeos y latinoamericanos desde hace más de un siglo.

Se trata de la libertad que tiene el órgano jurisdiccional para apreciar la prueba, la cual seguirá los lineamientos y reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, el conocimiento científico y el sentido común. En otras palabras, la lógica, la ciencia y la experiencia serán las pautas que tendrá el juez para estimar las pruebas, no existiendo otros métodos de control para la valoración de éstas. Este modelo no basa la apreciación de la prueba en lineamientos legales sobre la forma en que se debe de probar, o sobre el valor que se le debe dar.

Contempla que el órgano juzgador queda sujeto a una “**sana crítica racional**” acotado por la **lógica, el sentido común y la ciencia**. De esta manera se impone al juez la obligación de explicar las razones de su apreciación de la prueba, lo que comprobó y cómo lo hizo, es decir con que medios. También es importante aclarar que aunque el principio de libertad probatoria establece que en el proceso penal se puede probar por cualquier medio probatorio, este principio se encuentra limitado por la pertinencia, idoneidad, legalidad y utilidad de los medios de prueba utilizados.

Ahora bien, si bien es cierto que el Pacto Federal Mexicano no establece específicamente cuál de estos sistemas de valoración de la prueba es el aplicable en el nuevo sistema de justicia penal, el artículo 20 constitucional en

su apartado A, fracción segunda acoge precisamente este último sistema al disponer que: “Toda la audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;”

La ley adjetiva penal de las entidades federativas hacen referencia a que las pruebas serán valoradas según la sana crítica y observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Asimismo, la ley secundaria establece la obligación del Tribunal de explicar el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones respecto del material probatorio desahogado por ambas partes.

Para este método será de mucha utilidad proveer a los jueces de directrices y criterios uniformes que sean tomados en cuenta al momento de decidir sobre el material probatorio desahogado en la audiencia del juicio oral. En este tenor, conviene hacer referencia a las máximas de la experiencia, la lógica y el conocimiento científico que como se ha mencionado en párrafos anteriores, serán las pautas que tomará en cuenta el órgano jurisdiccional al valorar la prueba.

Ernesto Galindo cita la definición de Eduardo J. Couture, la cual establece que las **máximas de la experiencia** son un conjunto de conclusiones empíricas fundadas sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y susceptibles de adquirir validez general para justipreciar las pruebas producidas en un proceso. Al apreciar las pruebas utilizando las máximas de la experiencia, el juez arribará a sus conclusiones de acuerdo al aprendizaje humano, considerando aspectos que son aceptados culturalmente en un país o en una localidad en determinada época. El contenido de estas máximas es general puesto que, de acuerdo a la experiencia humana, se presentan en la mayoría de los casos.

De la misma manera como el conocimiento empírico de los seres humanos respecto de la vida o de ciertas situaciones se modifica, así dichos axiomas evolucionan. En otras palabras, la experiencia humana no tiene un sentido estático, sino que se va transformando y puede calificar hoy como buenos o malos, probables o improbables, intencionales o no intencionales determinados comportamientos que antes no se consideraban así.

Lo relevante es que el común de la gente acepte o califique este comportamiento de una forma determinada. Para obtener conclusiones aplicando las máximas de la experiencia, es necesario hacer razonamientos deductivos, inductivos, presuntivos o de causa–efecto y es justo precisar que el órgano jurisdiccional aplicará estas máximas de acuerdo a su propio raciocinio, aún sin haber sido solicitado así por las partes.

Ahora bien, según **las reglas de la lógica** se puede apreciar que las versiones de un testigo que se contradice no son creíbles, que las respuestas

vagas, imprecisas o ambiguas en un contrainterrogatorio pueden ser parciales al favorecer sólo a una de las partes. Es por ello que al valorar las declaraciones de los testigos el juez deberá atender las razones detrás de sus deposiciones, y de igual forma tendrá que ir entretrejiendo las declaraciones de los testigos y los peritos para dilucidar cuál exposición, de las dos en contienda, tiene mayor credibilidad. Por último, al valorar las declaraciones, el órgano jurisdiccional tendrá que tener presente los **conocimientos que ofrece la ciencia** y auxiliarse con ellos. Conjuntamente, al referirse a los conocimientos científicos no únicamente se hace referencia a las ciencias exactas o naturales, sino también a los principios de las ciencias humanas y sociales.

El juez deberá de explicar las reglas y principios científicos que utilizó como antecedentes en su razonamiento y que le auxiliaron en su determinación. En el caso de los peritos, el Tribunal tendrá que estimar si el experto se basó en métodos científicos modernos, aceptados y aprobados por la comunidad científica nacional o internacional, y considerando si el perito señala el nivel de error en la aplicación del método, si el mismo ya fue aplicado previamente a casos similares y si se encuentra aún vigente.

Es relevante hacer notar que el órgano jurisdiccional en su resolución, además de expresar el razonamiento que llevó a cabo para valorar los medios de prueba, es decir por qué le dio validez a una prueba y a otra no, tendrá que motivar los hechos.

En otras palabras, deberá explicar cómo con la ayuda de la lógica, la experiencia o el conocimiento científico justifica el hecho afirmado o negado en su determinación judicial o si se tienen por acreditadas las proposiciones sobre los hechos del caso. La resolución del juez no se reduce a una simple narración, sino que tiene que incluir las razones en que descansa su convicción y el análisis que hizo para alcanzar la misma.

El juez es consciente de que no puede tomar una decisión que no pueda justificar de manera racional y motivada, puesto que esto significaría proceder con arbitrariedad. O como cita Gascón Abellán:

“el juez tendrá que explicar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que, sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado”.

Finalmente, motivar la sentencia permite tener un control sobre las razones en que se basó el juez y disminuye abusos de autoridad.

Es pertinente comentar ahora sobre la facultad del juez de aportar pruebas en el procedimiento que se ventila ante él.³³

³³ De la Rosa-Rodríguez Paola; op. cit., pp. 70-74.

Variadas son las opiniones que la doctrina, jurisprudencia y hasta el propio legislador han entregado sobre el concepto de **sana crítica**, lo que hace difícil poder unificar todos conceptos existentes; así para Couture, las *“reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez”*, concluye afirmando el insigne jurista que la sana crítica es la “unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.”

La Corte Suprema de Justicia ha decidido que “la sana crítica es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio.”

Podría afirmarse que la esencia de la sana crítica es otorgar libertad al adjudicador para evaluar los diversos medios de prueba, sin embargo, al momento de juzgar debe explicitar el razonamiento de su decisión en base al sentido común, basándose en su propia experiencia y su sentido lógico.

Se podría resumir este punto, que sin perjuicio de la multivocidad conceptual de la expresión sana crítica, en la actualidad la doctrina reconoce ciertas características que la identifican y que constituyen sus límites: i) la reglas de la lógica, ii) las máximas de la experiencia; iii) los conocimientos científicamente afianzados, y iv) la obligación de fundamentar la sentencia, rasgo que distingue a este sistema de la libre o íntima convicción.

El sentenciador en relación a lo actuado en el proceso, debe razonar en forma lógica y usando, a la vez, su aptitud para comprender los fenómenos de la realidad, a fin de poder captar más certera y eficazmente los problemas que debe resolver. Esta forma de valoración como sostiene Coloma “favorecería un diálogo con una comunidad ampliada que se toma en serio los avances de la ciencia o las contribuciones al conocimiento que en casos concretos pueden ser recogidas desde el sentido común y, de esa manera, podría ser vista como un mecanismo que hace posible la construcción de discursos fácticos más próximos a la realidad, o bien epistémicamente satisfactorios”.

La sentencia que dicte el juez, para que sea justa requiere de una operación lógica, pues se enfrentará con principios que no debe obviar, pero con esto no basta, además, se requiere que intervenga la experiencia del juez, ya que éste no actúa como una máquina de razonar, sino como hombre que conoce el mundo que le rodea del que deberá extraer los conocimientos necesarios para aplicar correctamente las conclusiones que haya deducido.³⁴

³⁴ Rojas-Chamaca Julio; “La sana crítica como forma de valoración de la prueba en los procedimientos individuales regulados en la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores” obtenido del sitio web <http://www.lexweb.cl/la-sana-critica-como-forma-de-valoracion-de-la-prueba> el día 15 de abril 2014 a las 10:18 hrs. pp. 1,2.

Capítulo II Derecho Comparado (Modelo Norteamericano)

2.1 La Regla de Exclusión de la prueba ilícita (Concepto y Efectos)

La terminología que viene utilizando la doctrina como la jurisprudencia dista mucho de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular o incluso prueba clandestina³⁵

Cuando hablamos de prueba ilícita, hay que remitirnos a los estándares mínimos de vigencia de los derechos fundamentales de los imputados, por lo que las reglas de la prueba ilícita se encuentran vinculadas al sistema procesal penal del país en que se desarrollen.³⁶

Es **prueba ilícita** la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones: por ejemplo, el acta de entrada y registro practicada sin consentimiento del titular o resolución judicial, o la transcripción de unas escuchas telefónicas practicadas de la misma manera); o lesionando derechos constitucionales (como el derecho a la defensa: así, la declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos); o a través de medios que la constitución prohíbe (por ejemplo, la confesión arrancada mediante tortura, que vulnera el derecho a la integridad física, o una coacción para obtener declaraciones sobre “ideología, religión o creencias”, proscrita por el derecho a la libertad ideológica y de conciencia). En definitiva, por simplificar, **es ilícita la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales**.

Los derechos constitucionales que más veces suelen provocar ilicitud probatoria son el derecho a la integridad física y moral (y la consiguiente prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes), el derecho del detenido a ser informado de sus derechos a no declarar o a la asistencia letrada, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Aunque la ilicitud probatoria tiene lugar normalmente en la fase preliminar o de investigación, puede producirse también en el juicio oral; así sucede cuando el testigo no es advertido de que tiene derecho a no declarar por razones de parentesco.

³⁵Giner-Alegría; César Augusto: (2008) “*Prueba Prohibida y Prueba Ilícita*”; Anales de Derecho. Universidad de Murcia. No. 26. p. 579

³⁶Natarén-Nandayapa; Carlos: “El Concepto de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Mexicano”. Primera Aproximación; IIJ-UNAM México, D.F. 2005 obtenida del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2486/11.pdf> el día 18 de marzo 2014 a las 22.36 hrs. p.123.

La exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla, o sea, su inutilizabilidad en el proceso, o si se quiere su nulidad. Pero la prueba ilícita es solo un supuesto particular de prueba nula, porque nula puede ser también la prueba obtenida vulnerando otras reglas legales de formación y adquisición de la prueba. En todo caso es evidente que esta importante regla de exclusión merma las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso. De hecho, la exclusión de prueba ilícita es reflejo de una ideología jurídica comprometida con los derechos fundamentales y en virtud de la cual como suele decirse “la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio”, en particular al precio de vulnerar derechos.³⁷

Por otra parte **Jairo Parra** establece que es prueba ilícita la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio de prueba.³⁸

Pellegrini Grinover, Ada: “Se entiende por prueba ilícita la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contrarias a principios constitucionales.”³⁹

Los efectos que puede provocar la presencia de una prueba ilícita son dos: el **primero**, es excluir la prueba obtenida ilícitamente, es decir, impedir su admisión, no llegando por tanto a efectuar valoración alguna de la misma, pues se tiene por no admitida. El **segundo** efecto (indirecto o reflejo), es que las pruebas que provengan directamente de una prueba ilegalmente, tampoco deben ser utilizadas, ya que se encontrarían contaminadas en su origen.

La *regla de exclusión* tiene un carácter general y por la finalidad que cumple, la protección de los derechos fundamentales de las personas en el proceso, puede aplicarse a todo tipo de procesos (penal, civil, contencioso-administrativo o laboral). No obstante, ha de reconocerse que es el proceso penal su ámbito de aplicación natural y habitual, ya que este tipo de proceso ejercerá una incidencia especial sobre los derechos individuales, entre otros motivos, por la supremacía que tiene el Estado sobre el individuo en el ejercicio del *ius puniendi* o por facultad que tiene el juez para imponer las más graves penas privativas de libertad.

En ese ámbito del proceso penal, la prueba ilícita presupone la existencia de una tensión entre dos intereses jurídicos contrapuestos, pero susceptibles de protección constitucional. De un lado, la búsqueda de la verdad material a través del proceso, en el que el Estado ejerce el *ius puniendi* para castigar a los ciudadanos que incumplan la ley. Este interés jurídico se corresponde a su vez con otros principios o intereses sociales: como la consecución de un ideal de justicia, el mantenimiento del orden social, la confianza de la sociedad en la administración de justicia. De otro lado, están los derechos y libertades

³⁷ Gascón Abellán, Marina; op. cit., pp. 50,57.

³⁸ Quijano, Jairo Parra. (1997). “*Pruebas Ilícitas*”. Revista Ius & Veritas. Lima, número 14.p.37

³⁹ Grinover, Pellegrini Ada. (2000). *Pruebas Ilícitas” Doctrina Peruana y Jurisprudencia Penal*. Lima Perú. Ed. Palestra. p. 299

individuales que en el Estado de Derecho son un límite a la actuación de los poderes públicos.

Tradicionalmente ha venido imponiéndose el interés público de búsqueda de la verdad material en el proceso, ya que el esclarecimiento de los hechos de la forma más ajustada a la realidad daba lugar a que se admitiera la validez o eficacia de las pruebas, cualquiera que fuese su modo de obtención. El juez podía valorar libremente el material probatorio empleado para el descubrimiento de la verdad, incluso aunque para ello se hubieran lesionado los derechos y libertades de los ciudadanos.

Con la implantación del Estado de Derecho, y con el reconocimiento en los Textos constitucionales de los derechos y libertades a favor de los ciudadanos, no puede procederse a la obtención de la verdad material en el proceso a cualquier precio. Ello es incompatible con la proclamación y protección constitucional de los derechos y libertades individuales que es uno de los objetivos esenciales del Estado constitucional. En consecuencia, la tutela efectiva de estos derechos y libertades conlleva la negación de eficacia jurídica probatoria a todas aquellas pruebas que lesionen derechos y libertades, aunque aquellas sean relevantes para la resolución de los casos y aunque ello suponga que no se castiguen algunos delitos y que queden en libertad sin cargos algunos delincuentes. La relevancia y la posición preferente que tienen los derechos fundamentales en el sistema constitucional hacen que la búsqueda de la verdad en el proceso no solamente no pueda obtenerse a cualquier precio sino que tenga que ceder frente a la protección de los derechos individuales, que tendrán un valor superior en la ponderación de bienes jurídicos. Con carácter general y desde una perspectiva comparada, la regla de la exclusión de las pruebas ilícitas tiene su origen en Estados Unidos, habiéndose extendido a otros países incluso con ordenamientos jurídicos y sistemas procesales diferentes, sin perjuicio de que la regla pueda tener una naturaleza, fundamento, alcance y efectos diferentes.⁴⁰

Nuestro máximo Tribunal ha establecido sobre el tema lo siguiente:
PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos

⁴⁰ Orrillo, Carhujuca Juana: "Algunos Apuntes sobre Prueba Ilícita y su Tratamiento en la Jurisprudencia Peruana". Revista Do Mestrado Em Direito. Lima. 2000 obtenido del sitio web <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2568/1561>, el día 23 de febrero 2014 a las 15:39 hrs. p.55.

Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.

Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Amparo directo 16/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Amparo directo 10/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo directo 8/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

Amparo directo 33/2008. 4 de noviembre de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Tesis de jurisprudencia 139/2011. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de cuatro de noviembre de dos mil once.

Un principio general sobre el que se fundamenta la prueba en el sistema acusatorio adversarial en México es su nulidad, en caso de haber sido obtenida con violación a los derechos fundamentales y sin observancia de las garantías previstas en la Ley Suprema de la Unión y en los supuestos de un debido proceso legal. De acuerdo a este principio, desvirtuar la presunción de inocencia exige que las pruebas de cargo se hayan obtenido con todas las garantías del debido proceso. Esto da pauta a que las autoridades que están facultadas para ingresar a un domicilio o preservar la escena del crimen, a efecto de recabar indicios, huellas y vestigios, lo hagan cumpliendo las formalidades del procedimiento y respetando durante las detenciones los

derechos humanos de quienes sean presuntos responsables de haber cometido un ilícito o participado en él.

Siendo más específicos, aunque para descubrir la verdad material en el procedimiento penal se puedan utilizar datos, hay material probatorio que no puede ni debe ser utilizado, y por ello existen prohibiciones probatorias. De acuerdo a lo anterior, nadie puede ser forzado mediante amenaza ni tortura a confesar los hechos o a declarar contra sí mismo, tampoco se pueden utilizar declaraciones forzadas por violencia o intimidación. Este principio rige no solamente para las deposiciones del acusado, sino también para aquellas de los testigos. La prohibición probatoria señala que no se debe violar el derecho del detenido de permanecer en silencio ni tampoco se puede utilizar el engaño para forzarlo a declarar, como es el caso de policías disfrazados que lo hagan con la finalidad de obtener información incriminatoria. En este contexto “la investigación de la verdad en el proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por valores éticos y jurídicos del estado de derecho.

La regla de exclusión de la prueba ilícita ha inspirado a varios países a contemplar esta norma en sus diversas legislaciones en su búsqueda por ofrecer a los indiciados un trato digno desde su detención y durante el procedimiento. Son emblemáticos los casos en los cuales, en aras de proteger la vida e integridad de los presuntos responsables, se ha llegado a excluir la principal prueba incriminatoria por haber sido obtenida vulnerando estos bienes jurídicos

El juicio en materia penal es un proceso cognoscitivo de búsqueda de la verdad en el que los hechos son presentados al juez únicamente a través de las audiencias del proceso y por medio de pruebas. Para ser válidas, estas pruebas deberán haber sido obtenidas e incorporadas legalmente además de gozar de pertinencia y relevancia para el caso. Aún en el evento de que el órgano jurisdiccional llegue a tener información sobre los hechos por cualquier otra fuente, su decisión se basará únicamente en las pruebas admitidas y producidas en juicio; no pudiendo tener por acreditados los hechos, en consecuencia, la decisión judicial se basará en la prueba producida en juicio. Siendo las pruebas la columna vertebral del procedimiento penal, resulta relevante definir cuáles son los principios del sistema bajo los cuales debe practicarse el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, así como los sistemas de valoración de pruebas existentes.

El proceso de búsqueda de la verdad no puede hacerse a toda costa ni a cualquier precio. El fin no justifica los medios en el sentido de que para obtener justicia, el Estado pueda valerse de los mismos métodos de la delincuencia violando el derecho a la integridad, privacidad, intimidad y a la vida misma. Resulta entonces relevante analizar en este artículo si la actividad del Estado está limitada en su búsqueda de la verdad o si existe un margen en su actuación que no le permite ejercer la función jurisdiccional; o bien, si tiene un

mayor peso el respeto a los derechos fundamentales del ser humano de quien prevalece su presunción de inocencia y por lo tanto se prohíben y/o dejan sin efecto las pruebas obtenidas de forma ilícita .⁴¹

2.2 Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita (Exclusionary Rule) y su Excepción (Good Faith Excepción).

El primero de estos modelos se caracteriza por la desconstitucionalización de la regla de exclusión (**exclusionary rule**) y es propio del sistema procesal penal norteamericano. Aunque es cierto que en su origen la exclusionary rule apareció directamente vinculada a la IV y V enmiendas de la Constitución de EEUU (caso *Boyd vs. US.*, 116 US 616, 1886; y *Weeks vs US*, 232 US 383, 1914), que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa probable y las autoincriminaciones involuntarias, sin embargo, sobre el transcurso de los años la Corte Suprema Federal Norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido *deterrent effect*). Este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos *US vs Calandra* (414 US 338, 1974) y *US vs Janis* (428 US 433, 1976). En esta última sentencia se declara que “el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas, y más adelante añade que la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada....”.

Son por tanto, razones pragmáticas, las que fundamentan en el modelo norteamericano la exclusionary rule, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas (*deterrence of police misconduct*). Estamos por tanto ante un remedio de creación judicial que no descartaría la aplicación de otros remedios alternativos (por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias) en cuanto demostrasen su mayor eficacia para el logro de esa finalidad disuasoria. Desde esta perspectiva no faltan voces autorizadas en la doctrina estadounidense que cuestionan precisamente la regla de exclusión al no estar comprobado empíricamente que la misma tenga realmente la eficacia disuasorias de conductas violatorias de derechos fundamentales que se le atribuye. Es cierto que con este fundamento se produce como efecto indirecto un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental.

⁴¹ De la Rosa-Rodríguez Paola; op.cit. , pp.65, 66, 80

En coherencia con dicho fundamento el Tribunal Supremo Federal Norteamericano ha descartado la aplicación de la propia regla de exclusión cuando las pruebas se obtengan por particulares (caso *Burdeau vs Mcdowell*, 256 US, 465, 1921) o por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (caso *US vs Verdugo-Urquídez*, 494 US 259, 1990, que no aplico la exclusionary rule al tratarse de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México) o, finalmente, cuando la policía hubiera actuado de buena fe (*Good Faith Exception*).

En la tradición jurídica europea esta cuestión está centrada en la rigurosa aplicación del principio de legalidad como una exigencia del propio sistema. En cambio, en los Estados Unidos de América, las reglas sobre admisibilidad de una prueba están determinadas por la conjunción de un doble objetivo: la búsqueda de la verdad y la imposición de límites en la conducta de los miembros de las fuerzas policíacas. Alrededor de estas cuestiones se ha ido formando un rico y complejísimo cuerpo jurisprudencial que se ha convertido en referente de un gran número de sistemas jurídicos. Las próximas líneas las dedicaremos al estudio de la doctrina conocida como la exclusionary rule.

La exclusionary rule es un remedio judicial creado por la Suprema Corte de los Estados Unidos (sceu), que imposibilita que la fiscalía introduzca en un juicio material probatorio que haya sido obtenido por agentes de policía u otros agentes gubernamentales sin atender a las normas procesales constitucionales. Este remedio se aplica principalmente respecto a registros y confiscaciones que violenten lo establecido en la Cuarta Enmienda de la Constitución.

Los creadores de la Cuarta Enmienda tenían la clara intención de crear una garantía que fuese ejercida ante los tribunales federales, a fin de evitar que los derechos constitucionales se convirtiesen en meras normas programáticas sujetas a la discreción de las autoridades. Sin embargo, la sceu tardó más de un siglo en adoptar la llamada exclusionary rule.

Esta tardanza se debe en gran medida a la ausencia de un Código Federal de Procedimientos Penales durante el siglo XIX y al reducido número de litigios que se dieron sobre esta cuestión a nivel federal. En los tribunales estatales, sin embargo, los litigios sobre esta problemática se presentaron con mayor frecuencia conforme llegaba a su fin el siglo XIX. Antes de 1914, veinticinco estados se habían planteado la posibilidad de establecer una exclusionary rule a fin de rechazar en juicio el material probatorio que la policía hubiese obtenido ilegalmente, aunque solo el estado de Iowa la consagró en su legislación local.

Esta situación se debía en gran medida a que en la época se consideraba que un agente de policía que realizaba una conducta ilegal actuaba como un mero particular y no como un agente del Estado.

Gradualmente esta concepción fue cambiando y los agentes del orden comenzaron a ser sancionados por realizar sus actividades fuera del marco constitucional. Para el año 1914, las leyes penales federales se habían expandido enormemente y los juicios federales ya no eran una rareza. En ese mismo año la sceu, en el caso *Weeks v. United States*, sostuvo que la Cuarta Enmienda era aplicable a las autoridades federales y que, para lograr su cumplimiento, cualquier prueba obtenida por agentes federales en un registro o confiscación ilegal no podía aportarse ni ser valorada por un juez federal a fin de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados. Sin embargo, la Corte también sostuvo que la Cuarta Enmienda no era aplicable a los Estados y, por tanto, las pruebas obtenidas ilegalmente por alguna autoridad local y que fueran entregadas a las autoridades federales, serían admisibles en los juicios federales. Esta doctrina pasó a la historia con el nombre de “silver platter”.

En esta época, los tribunales estatales eran libres para aceptar o rechazar la doctrina sentada por la sceu respecto a la exclusionary rule. Así, entre 1914 y 1949, solo 16 entidades federativas habían adoptado dicha regla, mientras que 31 de ellos la habían rechazado.

A final de los cuarenta, en plena batalla constitucional para hacer efectivo el Bill of Rights en los Estados a través de la cláusula del debido proceso prevista en la Decimocuarta Enmienda, la sceu se alejaría en parte de la doctrina sentada en *Weeks*. En 1949, en la sentencia del caso *Wolf v. Colorado*, se establece que el derecho a la intimidad -objeto de la Cuarta Enmienda- es aplicable en los ordenamientos locales. Sin embargo, y sólo por el momento, la sceu mantiene que la exclusionary rule no resulta obligatoria en los procedimientos penales de los Estados. Finalmente, en el caso *Mapp v. Ohio* de 1961, la sceu cierra el ciclo iniciado en *Weeks* al sostener que cualquier prueba obtenida en violación de los derechos previstos en la Cuarta Enmienda, no será admisible en ningún juicio estatal en contra de aquel particular que hubiese sufrido un registro o confiscación ilegal.

La doctrina de la exclusionary rule se extiende no sólo a aquellas pruebas que hayan sido obtenidas como resultado directo de la actividad inconstitucional de la policía, sino también a aquel material probatorio que se derive indirectamente de tal actividad. Esta regla ha sido denominada por la sceu como la derivative evidence rule, pero es conocida popularmente como la doctrina de “los frutos del árbol podrido” (fruit of the poisonous tree).

La sceu ha sostenido que la imposibilidad de utilizar la evidencia probatoria derivada de un registro ilegal incluye tanto pruebas físicas como testimoniales. Así, las comunicaciones interceptadas electrónicamente, las huellas digitales la señalización de un objeto o una persona por parte de un perro, la identificación de un acusado en una rueda de reconocimiento, o la confesión escrita u oral de un detenido, que hayan sido obtenidas a través de

un registro y/o confiscación contrario a la Cuarta Enmienda no serán admisibles en juicio.

Sin embargo, la sceu ha sostenido que la fruits doctrine no es aplicable si la relación causa-efecto entre la actividad ilegal y la obtención de la prueba se ha diluido de tal forma que la mancha de inconstitucionalidad ha terminado por disiparse. A partir de este argumento la sceu ha construido una serie de excepciones a la aplicación de la exclusionary rule que, en opinión de algunos, ha terminado por reducir a esta figura a su mínima expresión.⁴²

LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE EN LA ACTUACIÓN POLICIAL (GOOD FAITH EXCEPTION)

Dicha excepción tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Norteamericano. Así, se aplicó en el caso *Leon vs. US* (468 US 897, 1984), en un supuesto en que la policía efectuó un allanamiento (registro domiciliario) basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero que posteriormente un Tribunal superior concluyó que se había violado la IV enmienda pues había sido emitido sin concurrir causa probable. A pesar de ello, la Corte Suprema permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión del registro por estimar que la policía había actuado de buena fe, en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal, por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión. Como se argumentó en dicha sentencia, cuando la policía actúa de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito (deterrent effect). La regla de exclusión carece, en estos casos, de eficacia disuasoria.

También se ha aplicado dicha excepción en un supuesto en que la actuación policial se había desarrollado al amparo de una ley que con posterioridad fue declarada inconstitucional (caso *Michigan vs. De Filippo*, 443 US 31, 1979).

Como puede observarse la excepción de buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión, amparando la utilización en el proceso penal de pruebas que en realidad y eso nadie lo discute, fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una verdadera excepción a la aplicación directa de la propia regla de exclusión.

⁴² Mijanjos y González; Javier. (2010). *La doctrina de la Exclusionary Rule en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América*. 3ª ed. México D.F. Ed. IJ-UNAM. pp. 213-215.

Esta excepción, tal y como se ha construido en el Derecho norteamericano no sería trasladable al Derecho español, ya que en España el fundamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita no es evitar que los agentes de policía realicen actuaciones ilícitas lesivas de derechos fundamentales, sino excluir del proceso aquellas pruebas que se hayan obtenido con vulneración de los mismos.⁴³

Dicha excepción ha sido acogida en la STC 22/2003, en donde aun reconociendo que la prueba se había obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE) admitió la valoración de su resultado en el proceso, sin aplicar la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ, al no apreciarse dolo ni culpa en la actuación de los agentes policiales actuantes, quienes en todo momento «creyeron estar actuando conforme a la Constitución» (FJ 10). La sentencia califica, en este caso, a la aplicación de la regla de exclusión de «remedio impertinente y excesivo», lo que nos recuerda sobremanera la concepción de remedio judicial de la *exclusionary rule* elaborada por la jurisprudencia norteamericana a la que antes nos hemos referido.

Como puede apreciarse ya no se trata simplemente de limitar o excluir la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino que la excepción de la buena fe actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión, admitiendo la utilización probatoria de aquellos elementos obtenidos directamente con violación de derechos fundamentales. Desde la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico no resulta admisible la aplicación de dicha excepción de la buena fe.

Consiste en que cuando en un registro o secuestro ilegal se comete sin que la policía sepa que se está violando un derecho fundamental, la regla de la exclusión no tendrá ningún efecto descorazonamiento y por lo tanto; tomando en cuenta el enorme costo asociado como la exclusión, no debe operar la regla para excluir la evidencia en juicio. Dicha atenuante de la regla de exclusión parte del principio de que la finalidad de la regla resulta inútil en estos casos, por cuanto la exclusión de la evidencia no hará que el policía en el futuro varíe su conducta, ya que actuó creyendo que cumplía con su deber.

Es precisamente en el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso de Michigan contra De Filippo de 1978, en el cual se reconoce esta atenuante. De Filippo fue arrestado luego de incumplir la ordenanza "deténgase e identifíquese" conforme a la cual un oficial de Policía podrá detener a interrogar a un sujeto si existió causa razonable para creer que el comportamiento del sujeto justificaba una mayor investigación de una posible actividad criminal. De Filippo se encontraba drogado y al negarse a identificarse fue detenido y al ser requisado se encontraron drogas en su poder, por lo que

⁴³ Delgado-del Rincón Luis E.; "La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita, Excepciones y Eficacia". Universidad de Burgos . 2012; obtenido del sitio web http://www.te.gob.mx/ccie/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf el día 21 de abril del 2014 a las 9:14hrs. p.7.

fue acusado de posesión de estupefacientes. Ante una apelación de un acusado, la Corte de Apelaciones de Michigan declaró inconstitucional la ordenanza "Deténgase e identifíquese" e invalidó el arresto y secuestro de la droga, pues habían sido obtenidos por la aplicación de la ordenanza. Al ser replanteado el asunto ante la Suprema Corte, ésta consideró que no había razón para que los oficiales debieran saber que la ordenanza iba a ser declarada inconstitucional. Al no existir ningún precedente anterior, la ordenanza se presumía válida y los oficiales actuaron de buena fe.

Ahora bien, el deterrente efect como elemento de justificación de la regla de exclusión, en la jurisprudencia norteamericana permite también formular excepciones a la misma cuando no hay efecto disuasorio; ello, al partir de la idea de que, si el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita es disuadir de la violación de derechos fundamentales, entonces sólo estará justificada la exclusión cuando sea necesario seguir el efecto disuasorio y cuando pueda producirse este. Cuando, por el contrario, no parezca muy necesario perseguir el efecto disuasorio (como cuando el derecho violado goce de una sólida protección) sencillamente la disuasión no pueda alcanzarse, para ellos en casos donde el policía actúa de buena fe, la justificación de la exclusión se debilita y aporta razones a favor de la admisión de la prueba en el proceso. Por eso, la tesis del deterrent effect permite sostener en determinados casos que el acto ilícito ya recibe una sanción, por lo que no es necesario un efecto disuasorio adicional y la prueba debe admitirse. O permite sostener que hay dos bienes en conflicto, como en los sistemas de justicia penal, por un lado, se pondera el interés público en la obtención de la verdad procesal (justicia) y el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos fundamentales del imputado sujeto a un proceso penal, donde la regla de exclusión ha de prevalecer, para lo cual hay que ponderar en cada caso para dar acogida preferente a uno y otro.

No obstante lo anterior, en la actualidad hay una relativización de la prueba ilícita, en el que se abre espacio de discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales a través de la jurisprudencia, en especial la anglosajona. El tema de la impunidad conlleva a eliminar una posición garantista-formal exagerada ante cualquier violación de normas procesales. No todos los casos de infracción a un derecho, implica la presencia de la prueba ilícita ni la violación a la presunción de inocencia, sino que se debe valorar en el caso concreto la trascendencia de la infracción. No existe coincidencia, respecto de que la prueba ilícita se constituye por violación exclusivamente a un derecho fundamental o bien se trata de violaciones a aspectos de formalidades.⁴⁴

⁴⁴ Miranda Estrampes, Manuel; op. cit., pp.134,135,140, 141,142.

2.3 Efecto reflejo de Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita o Doctrina de los Frutos del Árbol Envenenado (The Fruit Of The Poisonous Tree Doctrine).

Otra de las cuestiones mas problemáticas que presenta la teoría de la prueba ilícita es el reconocimiento de efectos reflejos. Dicha doctrina también tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, mediante la formulación de la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado (the fruit of the poisonous tree doctrine). Así en el caso *Silverthorne Lumber Co vs. US* (251US 385, 1920), referente la aprehensión ilícita de documentos por parte de agentes federales cuyo examen permitio el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo, el Tribunal Supremo Federal norteamericano considero que no solo los documentos sino que el resto de las pruebas obtenidas o logradas a partir de los mismos no eran utilizables. También en el caso *Brown vs. Illinois* (422 US 590, 1975), en un supuesto en que el acusado fue detenido ilegalmente, aunque se le informo de su derecho a mantener silencio conforme a lo dispuesto en la enmienda V (Las conocidas reglas miranda), se estimo que la exclusión alcanzaba también a las confesiones realizadas por el imputado durante su detención, pues existía una evidente conexión entre dicha detención y las confesiones posteriores, sin que el hecho de que fuera informado de su derecho al silencio tuviera la virtualidad suficiente para romper dicha conexión causal.

La eficacia refleja, indirecta o derivada de la prueba ilícita puede formularse por tanto de la siguiente forma: la exclusión no solo alcanza a la prueba originaria practicada ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas derivadas, indirectas o reflejas que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial.⁴⁵

Es decir, constatada la violación de un derecho fundamental sustantivo en la obtención de una prueba (interceptación ilegal de una conversación telefónica), ésta no debe admitirse en el proceso o, en su caso, si es aportada debe ser eliminada del mismo, así como todas las pruebas que puedan derivarse de aquellas (pruebas contaminadas). El problema aquí es determinar hasta donde puede llegar la cadena de contaminación de pruebas y si cabe alguna excepción al principio, es decir, si en algunos supuestos puede entenderse rota esa cadena.⁴⁶

A pesar de su formulación inicial, pronto la jurisprudencia norteamericana admitió algunas excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita que se han ido reconociendo también en otras legislaciones y ordenamientos jurídicos,

⁴⁵ Idem., p.139.

⁴⁶ Gonzalez-Montes, Jose Luis: (2006). "*La Prueba Ilícita*". Revista Persona y Derecho. Numero 54. p.370.

como manifestación de un fenómeno de progresiva norteamericanización de la regla de exclusión.

Son fundamentales tres las excepciones a la eficacia refleja formuladas por la jurisprudencia norteamericana como se desarrolla a continuación: La excepción de la fuente independiente; la excepción del descubrimiento inevitable y la del nexo causal atenuado.

Si pensamos en un árbol de manzanas que se encuentre envenenado, contaminado, o invadido por plagas, es lógico pensar que los frutos que provengan de ese árbol se encuentren envenenados de igual forma. De igual manera, cuando se comete una violación a los derechos fundamentales del presunto responsable, y como resultado de dicha violación se obtienen medios de convicción o información acerca del delito, los sujetos involucrados o las circunstancias del hecho, se puede afirmar que estas pruebas obtenidas de forma ilícita se encontrarán “envenenadas”, o en otras palabras, se encuentran viciadas de inconstitucionalidad y por lo tanto no podrán ser utilizadas en juicio.

En palabras de Miguel Carbonell, “de la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida deriva la teoría del “fruto del árbol envenenado”, según la cual es nulo también todo lo que derive de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica”. Esto quiere decir que, cualquier información o medio de prueba que haya sido obtenido violando los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, será nulo y por lo tanto no se podrá admitir ni valorar en juicio, siempre que haya una relación evidente entre la violación cometida y la prueba obtenida de forma subsecuente.

Es cierto que este principio no se hallaba expresamente plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero también lo es que, anteriormente a la reforma en materia penal de 2008, este principio se encontraba implícito en nuestro sistema jurídico, tal como es reconocido por la

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

En efecto, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba, cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa.

Como ya se ha dicho, la exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícita en nuestro orden constitucional. Esta regla exige que todo lo que haya sido obtenido al margen del orden jurídico debe ser excluido del proceso a partir del cual se pretende el descubrimiento de la verdad.

Aún ante la inexistencia de una regla expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.

Nuestro máximo tribunal también ha desarrollado criterios respecto a este principio, explorando las implicaciones y repercusiones negativas que traen consigo las pruebas ilícitamente obtenidas, sancionando las prácticas violatorias de los derechos amparados en la ley o en la Constitución, así como invalidando y excluyendo dichas pruebas del proceso, puesto que contravienen los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a una defensa adecuada:

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Otro ejemplo de actividad jurisdiccional entorno a este tema se puede observar en el renombrado caso de la periodista Lydia Cacho, del cual conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ejercicio de su facultad de atracción, y en el cual cobró singular relevancia la ilicitud de las pruebas con las que se contaban, en este caso grabaciones entre el Gobernador del Estado de Puebla, Mario Marín y el empresario Kamel Nacif: *En síntesis, la mayoría de los ministros destacaron que de la investigación realizada por la Comisión Investigadora no era posible concluir que se habían violado de manera grave las garantías de la periodista, ya que la única prueba que podía ser contundente sobre la posible gravedad era la grabación misma entre el gobernador y el empresario, sin embargo consideraban que no la podían tomar en cuenta pues se trataba de una prueba ilícita de imposible admisión y valoración.*

Por otra parte, no se debe confundir las pruebas prohibidas por la ley y las pruebas ilícitas, pues las primera son aquellas respecto de las cuales existe un mandato expreso que impide que puedan ofrecerse en el proceso penal, mientras que las segundas, es decir, las pruebas ilícitas, son aquellas que de origen son lícitas o idóneas para ofrecerse en juicio pero se vuelven ilícitas toda vez que para su obtención u ofrecimiento se viola algún derecho constitucional o legal del imputado.

Puede llegar a pensarse que con este principio, nos encontramos ante una aparente disyuntiva, de permitir que se aporten pruebas ilícitas al proceso en aras de castigar a los delincuentes y mantener el Estado de Derecho, o bien excluir dichas pruebas ilícitas, favoreciendo la protección y el respeto a los

derechos fundamentales, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deja claro que no se trata de nociones excluyentes, sino complementarias, veamos: *Cuando un servidor público comete un hecho ilícito o inconstitucional (como lo sería la obtención de una prueba ilícita por parte del órgano acusador), un órgano jurisdiccional cuenta con dos alternativas, a saber: convalidar la actuación bajo el argumento de que hay un interés social en que las conductas punibles se sancionen; o bien, dejar de tomar en cuenta la prueba contraria al orden jurídico (bajo el argumento de que el respeto por los derechos individuales no puede ceder ante una pretensión o interés colectivo).*

Por tanto, es falsa la pretendida disyuntiva entre el respeto de las garantías individuales (del procesado) y el interés de la colectividad por los valores de seguridad, orden y no impunidad. Ambos fines se logran con la aplicación de la regla de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas.

De esta forma, resulta claro que el Principio de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas no implica sacrificar la impartición de justicia al preferir la protección de los derechos fundamentales, sino que precisamente al aplicar este principio, se favorece la aplicación estricta de la ley, desalentando conductas violatorias de derechos, y librando al proceso de pruebas ilícitas que afectan y restan legitimidad al proceso penal.

Por otra parte, cabe destacar que siguiendo el texto literal del artículo 20 constitucional, se establece que las pruebas obtenidas de forma ilícita serán “nulas”, sin embargo, falta precisar los alcances de dicha nulidad, es decir, si se negará su admisión al momento de ofrecerlas en el juicio, o si se admitirán pero no se les otorgará valor probatorio, o si se les podría conceder el carácter de indicios. En resumen, los efectos procesales que producirá la violación a los derechos fundamentales para la obtención de pruebas, pues es un hecho que contravendría de sobremanera los principios rectores del debido proceso, al convalidar medios de convicción que son el fruto de arbitrariedades o abusos por parte de la autoridad.

Lo anterior toda vez que, estas violaciones provocarían incertidumbre respecto a las condenas impuestas con base en dichas probanzas. Asimismo, habrá que esperar a ver si este principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente se circunscribe únicamente a la materia penal o si podrá hacerse extensiva a otras áreas del Derecho.

Corresponderá al legislador y a los órganos jurisdiccionales ir regulando y delimitando todas estas importantes cuestiones. Resulta oportuno mencionar que, si bien el Principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida ya se encuentra plasmado expresamente en el Artículo 20 de nuestra Carta Magna, lo cierto es que el Decreto de Reforma Constitucional de junio del 2008, establece en su disposición transitoria segunda, que el nuevo sistema procesal acusatorio entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente,

sin exceder el plazo de ocho años contado a partir de la publicación del referido decreto. De forma que, a la fecha aún hay entidades federativas que se encuentran en vías de implementar éste y otros principios propios de los sistemas acusatorios y habrá que tener cuidado con la forma en que serán incorporados y regulados.⁴⁷

Al efecto sobre el tema en cuestión nuestro Maximo Tribunal establece:
PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA.

La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o bien, (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidas lícitamente.

Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos.
Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.
Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Amparo directo 16/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos.
Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.
Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Amparo directo 10/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos.
Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.
Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo directo 8/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos.
Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

Amparo directo 33/2008. 4 de noviembre de 2009. Mayoría de cuatro votos.
Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.
Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

⁴⁷ Prieto-González, Janet Eunice: "Los frutos del árbol envenenado. Las implicaciones del principio de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, contemplada en la fracción IX Apartado A del artículo 20 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos". Revista Derecho en Libertad. México D.f 2012 obtenida del sitio web http://fdm.edu.mx/pdf/revista/no8/Los_Frutos_del_Arbol_Envenenado.pdf el día 28 de abril a las 21:25 hrs. pp. 47,48,49,50,51,52.

Tesis de jurisprudencia 140/2011. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de cuatro de noviembre de dos mil once.

2.4 Excepción De La Fuente Independiente (Hipotetical Independent Source Rule).

En realidad no nos encontramos ante una verdadera excepción, sino que su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Obviamente si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista por tanto una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada.

Entendida en estos términos, no opera, en realidad como una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita sino que representa su faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada. Como veremos, el problema surge cuando se califica como prueba independiente aquella que realmente no tiene este carácter pues aparece vinculada con una inicial actividad probatoria ilícita. En estos casos actúa como una verdadera excepción mediante la ampliación de su campo de operatividad.

Dicha excepción se aplicó, por ejemplo, en el caso *Segura vs. US* (468 US 796 1984) en un supuesto relacionado con la investigación de un delito de tráfico de drogas, en donde la policía entró en un domicilio sin mandamiento judicial, procediendo a la detención de los ocupantes y permaneciendo en el lugar durante varias horas hasta que se obtuvo el preceptivo mandamiento. Dicha autorización judicial se obtuvo gracias a los datos indiciarios existentes antes del registro ilegal, por lo que se excluyó como fuente de prueba aquellos elementos que se había encontrado en la entrada inicial, a la vez que se admitió lo descubierto tras ejecutarse el mandamiento de entrada válido.

En el caso *Bynum vs. US*, de 1960, se aplicó también esta doctrina en un supuesto en donde se excluyeron las huellas dactilares de un sospechoso tras una detención ilegal, pues se carecía de indicios suficientes. En el momento de la detención se le tomaron las huellas dactilares que tras la oportuna prueba pericial coincidían con las tomadas en el lugar del robo. No obstante esta prueba pericial se consideró ilícita por derivar directamente de la detención ilegal que se había practicado sin tener causa razonable. A pesar de ello la policía presentó con posterioridad una nueva prueba pericial dactilar coincidente con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que se encontraban en los archivos del FBI y que no tenían conexión con las recogidas tras la detención ilegal. El Tribunal Supremo Federal Norteamericano aceptó esta nueva prueba pericial al considerarla independiente y no relacionada con el arresto ilegal. En mi opinión

difícilmente podemos admitir en este último caso que se trate de un supuesto de fuente independiente en el sentido restringido que defendemos, pues resulta evidente la relación causal directa entre ambos tipos de pruebas.

Vemos como la doctrina de la fuente independiente acaba operando en la práctica como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, mediante una ampliación desmesurada del concepto de prueba independiente. La independencia ya no se predica solo de los casos en que exista una desconexión causal sino, también, de aquellos supuestos en que aún constatándose una relación causal (causa-efecto) entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse de prueba jurídicamente independiente.⁴⁸

Para poder apreciar esta excepción es preciso que se dé una desconexión causal entre la prueba ilícita inicial y la prueba derivada, dicho de otro modo, que no exista una vinculación directa entre una prueba ilícita y otra posterior lícita derivada de la originaria.

Para algunos autores, esta doctrina de la prueba independiente no es una excepción a la prueba derivada de la prueba ilícita, sino la faceta negativa de la prueba ilícita al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación, que consiste en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la refleja.

Se trata de una excepción que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que la aplicó, por ejemplo, en el caso *Segura vs. United States*, 468 US 796, (1984), cuando en el curso de la investigación de un delito de tráfico de drogas, la policía entra en un domicilio sin mandamiento judicial, detiene a los ocupantes y permanece en el lugar durante varias horas hasta que llega el preceptivo mandamiento judicial. Esta autorización judicial se obtiene en virtud de los datos indiciarios existentes antes de proceder al registro ilegal. En el proceso se excluyeron como fuente de prueba los elementos que se habían encontrado en el domicilio con la entrada inicial, pero se admitieron los que se descubrieron después de haberse ejecutado el mandamiento de entrada válido.

En otro caso, *Bynum vs. United States*, 107 U.S. App. D.C. 109, 274 F.2d 767 (1960), se procede a la detención de un sospechoso, al que se le toman las huellas dactilares. Tras la oportuna prueba pericial, se comprueba que dichas huellas dactilares coincidían con las que se habían tomado en otro lugar en el que se había perpetrado un robo. Sin embargo, esta prueba pericial fue declarada ilícita por derivar directamente de la primera prueba, y una vez que la detención se hubo declarado ilegal al haberse practicado sin causa razonable. Ahora bien, posteriormente la policía presentó una nueva prueba pericial dactilar que, si bien coincidía con las huellas dactilares halladas en el lugar del

⁴⁸ *Idem.*, pp.143,144.

robo, no guardaba conexión con las recogidas tras la detención ilegal, pues procedían de unas huellas antiguas del detenido que se encontraban en los archivos del FBI. El Tribunal Supremo aceptó esta nueva prueba pericial al considerarla independiente respecto de la prueba obtenida en la detención ilegal.

Para un sector de la doctrina, difícilmente puede admitirse en este último caso que se esté ante un supuesto de prueba independiente, ya que resulta evidente la relación causal que existe entre ambos tipos de pruebas. Y es que, en algunas ocasiones, existen dificultades notorias para calificar a una prueba como independiente al estar vinculada directamente con una inicial actividad probatoria ilícita.

En España, esta excepción se contempla en la STC 81/1998 de 2 de abril (FJ 4), a la que ya nos hemos referido, en la que se introduce la doctrina de la conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria ilícita y la derivada, concretamente cuando dicha conexión no tiene lugar: “en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas...”

Desde la doctrina se ha advertido de los riesgos que puede entrañar la teoría de la fuente independiente, ya que puede acabar operando en la práctica como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión probatoria, mediante una ampliación desmesurada del concepto de “prueba independiente”.

La excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) procede de la jurisprudencia norteamericana, y establece que cuando además de la prueba ilícita derivada de una violación de derechos anterior (singularmente una violación por parte de la policía) existen otras pruebas que no traen causa de la primera, si no que derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos los requisitos legales, no procederá aplicar la *fruit of the poisonous tree*; es decir, no procederá excluirlas. Lo que se sostiene, en definitiva, es que la prueba obtenida ilícita mente puede no viciar a la restante prueba obrante en la causa, porque es posible que no exista conexión causal entre aquélla y ésta; y la excepción de la fuente independiente consiste justamente en afirmar esa desconexión causal.

Según *Nix vs. Williams*, el fundamento de la doctrina de la fuente independiente radica en que: El interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente si se pone a la Policía

en la misma posición, no en una posición peor, que en la que hubiera estado si no se hubiese producido la conducta impropia... Cuando las pruebas cuya admisibilidad se ataca provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la policía en una posición peor que en la que hubiese estado en ausencia de error o violación.

La doctrina de la fuente independiente, en rigor, no se presenta como una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues lo que plantea es que no hay conexión causal entre el acto ilícito y la prueba que se cuestiona, y que por tanto ese caso no entra en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión: es decir, allí donde funciona esta doctrina lo que se sostiene es que la prueba no procede de un árbol en venenado, si no de un árbol perfectamente sano. El problema, sin embargo, es que muchas veces se aplica (o corre el riesgo de aplicarse) la doctrina de la fuente independiente allí donde sí existe conexión causal entre el acto ilícito y la prueba cuestionada, pues puede resultar relativamente sencillo calificar como independiente la prueba que realmente no tiene ese carácter. En estos casos habrá funcionado como una verdadera excepción. Así sucede, por ejemplo, en el siguiente (y no infrecuente) supuesto. La policía registra una vivienda sin orden judicial, observa que hay droga, se va y obtiene una orden de registro basada —se alega— en información ajena al registro ilegal. En el segundo registro descubre la droga vista originalmente. El Tribunal considera que la prueba (el hallazgo de la droga) fue producto del segundo registro realizado mediante orden judicial basada en pruebas independientes del primer registro ilegal.⁴⁹

2.5 Excepción del Descubrimiento Inevitable (Inevitable Discovery Excepción)

En su formulación norteamericana, según dicha excepción no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida. Dicha excepción se aprecia como modalidad de la excepción de la fuente independiente, en el caso *Nix vs. Williams* (467 US 431, 1984). Resumidamente los hechos analizados eran los siguientes: durante un interrogatorio ilegal el acusado confeso ser el culpable de un homicidio y llevó a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El tribunal excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante una búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios según un plan de rastreo que incluía la zona donde finalmente se encontró el cadáver. El Tribunal Supremo Federal norteamericano

⁴⁹ Delgado del Rincón-Luis: op.cit., pp.13,14,15.

admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que aunque esta no se hubiera producido el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan solo unas pocas horas de diferencia durante la batida policial que estaba teniendo lugar en la zona.

No obstante, como pone de manifiesto un sector de la propia doctrina norteamericana, el efecto de aceleramiento de los resultados de la investigación en que se basa dicha excepción, parte de una hipótesis que, en definitiva, no se corresponde con los hechos realmente acontecidos. Salas Calero nos dice que esta excepción ha estado sometida a numerosas críticas y ha dado lugar a resultados distintos en su aplicación por los tribunales de apelaciones. En todo caso se requiere que el gobierno acredite fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original. Esto es, como mecanismo de restricción en la aplicación de dicha excepción, se exige la demostración fehaciente por parte de las acusaciones de la inevitabilidad del descubrimiento, esto es, que la prueba obtenida como resultado de una violación inconstitucional hubiera sido descubierta por medios lícitos e independientes de la conducta ilícita original.

Aunque no podemos negar, desde un posicionamiento crítico que el criterio de inevitabilidad contiene una alta dosis de indefinición que hace que dicha excepción se presente en términos excesivamente porosos y ambiguos con los inevitables riesgos intrínsecos que ello conlleva para el derecho a la presunción de inocencia. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia resulta difícilmente admisible dicha excepción pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La presunción de inocencia solo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, y la excepción de descubrimiento inevitable autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales.⁵⁰

Guarda relación con la anterior excepción, hasta el punto de que ha sido considerada como una modalidad de ella, aunque más perfeccionada. De acuerdo con dicha excepción, no podría excluirse una prueba derivada de otra ilícita o inconstitucional porque al resultado probatorio de la primera podría haberse llegado inevitablemente por el curso normal de la investigación. Dicho de otro modo, las investigaciones que se estaban llevando a cabo hubieran conducido a la obtención independiente de la prueba derivada de otra lesiva de derechos fundamentales. Esta excepción ha sido apreciada por el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Nix vs. Williams* (467 US 431 (1984)), en el que durante un interrogatorio ilegal el acusado se declaró culpable de un

⁵⁰ *Idem.*, pp. 144, 145, 146.

homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado el cadáver. El Tribunal excluyó la confesión ilegal del acusado, pero no el cuerpo de la víctima como resultado del interrogatorio ilegal, ya que éste habría sido encontrado inevitablemente pocas horas después del interrogatorio ilícito, porque la policía estaba buscando el cadáver en la misma zona en la que finalmente se halló.

Desde la doctrina se ha puesto de manifiesto la necesidad de que la prueba obtenida como resultado de una violación inconstitucional sea descubierta por medios lícitos e independientes de la conducta ilícita original.

También se apunta, desde la doctrina, el riesgo que para el derecho a la presunción de inocencia supone la ambigüedad y generalidad con la que se formula esta excepción del descubrimiento inevitable, ya que se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo suceder y no sucedió realmente. La presunción de inocencia sólo puede enervarse mediante datos plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita.

El Tribunal Supremo español, en la STS, Sala 2ª, de 4 de julio de 1997, admite la validez de una prueba que es el resultado causal de una interceptación telefónica ilegal, como consecuencia de su inevitable descubrimiento, aunque limita su aplicación a los casos de actuaciones lesivas de la policía interviniendo buena fe.

Se ha considerado como una variante de esta excepción y, por tanto, relacionada también con la de la fuente independiente, la excepción del hallazgo casual, en virtud de la cual se declara lícita aquella prueba que deriva o que se obtuvo casualmente de otra prueba originaria ilícita. Un ejemplo típico sería el descubrimiento de un delito de tráfico de drogas como consecuencia de una intervención telefónica que se autorizó para otro delito (STS, Sala 2ª, de 21 de julio de 2000). El hallazgo casual rompe la conexión de antijuridicidad que existe entre la prueba derivada y la prueba ilícita inicial, pudiendo la prueba obtenida casualmente ser valorada en el proceso y, en su caso, fundamentar la sentencia condenatoria.

La excepción del *descubrimiento inevitable* (*inevitable discovery exception*) es también creación de la jurisprudencia norteamericana, y fue asumida por primera vez por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Nix vs. Williams*. Esta excepción, a la que se denomina a veces la doctrina de la *fuentes independiente hipotética* (*hypothetical independent source doctrine*), se cifra en argumentar que las pruebas resultantes de la lesión del derecho (por ejemplo, la información contenida en la cinta magnetofónica que se ha obtenido lesionando el derecho a la privacidad de las comunicaciones), que sólo por eso deberían ser excluidas del proceso, pueden ser incorporadas al mismo porque aunque no se hubieran descubierto a través de la violación del derecho se habrían descubierto inevitablemente por otras vías lícitas. Normalmente lo que se sostiene (y en eso consisten esas “otras vías”) es que la policía tenía en

marcha una investigación paralela que habría conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos⁵¹

2.6 Excepción del Nexo Causal Atenuado.

Esta excepción es en realidad, una variante de la excepción de la fuente independiente que ya hemos expuesto. Se apreció por primera vez en el caso *WongSun vs US* (371 US 471, 1963). Se trataba de un supuesto en que se había producido en una entrada ilegal en un domicilio que motivo la detención de una persona (A); esta en su declaración acusó a otra persona (B) de haberle vendido la droga. Como consecuencia de esta declaración se procedió a la detención de (B), incautándose una determinada cantidad de droga, implicando en su declaración a un tercero (C), que también fue detenido fruto de la ilegalidad inicial. Varios días después, tras haber sido puesto en libertad bajo fianza, C se apersonó voluntariamente en las dependencias policiales efectuando una confesión voluntaria y con previa información de sus derechos antes los agentes policiales que lo interrogaron. El Tribunal rechazó todas las pruebas menos esta última confesión, aún reconociendo que si no hubiera existido la inicial entrada ilegal probablemente no se hubiera producido, pero destacó la voluntariedad de dicha confesión y el que se le hubiera advertido previamente de sus derechos, lo que a juicio del Tribunal Supremo Norteamericano introducía un acto independiente sanador que rompía la cadena causal con la vulneración inicial.

Para la Corte Suprema Federal Norteamericana son varios los criterios que permiten determinar la atenuación de la relación causal, entre los que destaca el tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita derivada, la gravedad de la violación originaria y el elemento de voluntariedad que debe predicarse de las confesiones practicadas con todas las garantías (caso *US vs. Cecco -lini*, 435 US 268, 1978).

Como puede observarse, esta excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado atenuado que autoriza la utilización en el proceso de la prueba derivada.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1995 aparece inspirada en esta excepción al atribuir a la confesión voluntaria del acusado, ante el juez de instrucción y en el acto del juicio oral, la condición de prueba jurídicamente independiente, afirmando que: Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente inculpativo, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración de los recurrentes a la presunción de inocencia.

⁵¹ Delgado-del Rincón Luis E.; op.cit., pp.14 y 15

El propio TC reconoce la relación causal entre la intervención telefónica practicada con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues no había existido autorización judicial, y la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios, pero a continuación añade que:...la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención...Según esta doctrina, es suficiente para su utilización probatoria que el imputado hubiera sido informado de sus derechos con carácter previo a la declaración y que hubiera estado asistido de abogado.

En mi opinión, no parecía existir ningún obstáculo en admitir que la confesión voluntaria del acusado era una prueba diferente, pero lo realmente discutible era atribuirle la condición de prueba independiente pues se encontraba causalmente conectada con la inicial prueba ilícita.

Dicha sentencia fue objeto de duras y acertadas críticas por parte de un sector de nuestra doctrina. Merece ser recordada la que en su día hizo el magistrado Carmona Ruano (1996, 95 y ss.), evidenciando que no resulta neutral o indiferente el momento procesal en que se aprecia y declara la ilicitud probatoria.

Como apunta Andrés Ibáñez la confesión así obtenida también sería ilícita pues no podría autorizarse el interrogatorio que versara sobre los datos, efectos u objetos obtenidos durante la práctica de la diligencia vulneradora de derechos fundamentales (por ejemplo, durante un registro domiciliario ilícito).

Dicho autor afirma que: En efecto, si la nulidad del registro es absoluta e insubsanable ello quiere decir que dejarían de tener relevancia procesal los objetos hallados en el mismo. Y, siendo así, no se entiende con base en qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente. Habría incluso que cuestionar si, de llegar, no obstante, a hacerse la pregunta, ésta no daría lugar a una confesión o testifical ilícita por la ilicitud de la fuente de información utilizada para formularla: y, además generadora de indefensión, puesto que la misma se habría hecho con prevalimiento de la circunstancia de que normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal.

Según esta doctrina, la confesión del acusado actuaría, en realidad, como elemento subsanador de la ilicitud inicial, incorporándose por esta vía al proceso los efectos y las piezas de convicción obtenidas durante la diligencia ilícita, que recuperarían de esta forma una plena virtualidad probatoria.

Como advertía el también magistrado Jorge Barreiro, incluso antes de que se dictara la STC 86/1995:

...parece contradictorio y poco coherente el establecer, por una parte, que la diligencia es nula de pleno derecho y que no produce, en consecuencia, efectos probatorios de ninguna clase y después, por otra, concluir que la declaración del inculpado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y resulta contradictorio porque al admitir este último medio de prueba estamos dándole operatividad y eficacia a la propia diligencia de reconocimiento. Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración autoinculpatoria del acusado, y suprimiendo de la mente de los Magistrados la existencia del registro, no habrían seguramente dictado una condena.

La excepción del *nexo causal atenuado* (*attenuated connection principle* o *purget taint*) procede también de la jurisprudencia norteamericana, y se cifra en considerar que en determinadas circunstancias el nexo causal entre el acto ilícito y la prueba derivada cuya admisión se cuestiona está tan debilitado que puede considerarse inexistente.

Así sucede según esta doctrina cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada, o cuando la cadena causal entre el inicial acto ilícito y la prueba derivada está compuesta de un gran número de eslabones; pero también en el caso de la denominada confesión voluntaria, que constituye el supuesto más característico de la doctrina del nexo causal atenuado.

La *confesión voluntaria* a la que hace referencia esta excepción es la realizada sobre la base de los elementos en contrados mediante la lesión de un derecho. Tomemos el siguiente caso. En un registro inconstitucional en el domicilio de X se halla una cierta cantidad de droga. El acta de entrada y registro constatando este hecho (que se encontró droga en el domicilio de X) es nula, por lo que no puede incorporarse al proceso como prueba, pero más tarde X confiesa que la droga es suya y —ahora sí— esa confesión se considera válida y se incorpora al proceso. En línea de principio la confesión no debería considerarse válida, pues hay un nexo causal entre el registro inconstitucional y la confesión, de manera que en ausencia de aquél no se hubiera producido ésta: de no haberse registrado la vivienda no se habría hallado la droga; de no haberse hallado la droga no se le habría detenido ni se le habría tomado declaración; si no se le hubiera tomado declaración nunca habría reconocido la tenencia de la droga. Pero lo que se argumenta —y esta es la trama de la excepción— es que el nexo causal entre el registro y la confesión está jurídicamente muy debilitado o incluso roto por el hecho de que X ha confesado rodeado de todas las garantías (en presencia de su abogado y habiendo sido

advertido de sus derechos), y por tanto que lo ha hecho “libre y voluntariamente” y no como fruto de coerción o compulsión alguna; es decir, ha confesado cuando podía no haberlo hecho, lo que en cierto modo independiza la confesión del acto lesivo del derecho. En suma, lo que se sostiene es que la confesión tiene un elemento de voluntariedad que la independiza jurídicamente de la lesión del derecho fundamental, por lo que no está justificado excluirla del proceso⁵²

2.7 Teoría de la Conexión de Antijuricidad

Dicha doctrina tiene su origen en la STC 81/1998 según la cual para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que es necesaria además la existencia de una «conexión de antijuricidad», cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (lo que el TC denomina, respectivamente, perspectivas interna y externa).

La mencionada STC 81/1998 declara, en su FJ 4, que: Para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

Desde esta última perspectiva deberá analizarse la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida. Desde el plano teórico, la doctrina de la conexión de antijuricidad trata de ofrecer criterios de decisión a los Jueces y Tribunales ordinarios para que ponderen y se pronuncien sobre la extensión de la prohibición de valoración de la prueba ilícita originaria a las pruebas lícitas derivadas. Para ello ya no será suficiente con constatar, simplemente, una relación de causalidad entre unas y otras sino que resulta

⁵² Idem., pp. 146,147,148.

imprescindible, además, comprobar la existencia de una conexión de antijuridicidad entre ambas con arreglo a los criterios que fija el propio TC. No obstante, en la práctica dicha doctrina actúa como una suerte de mecanismo justificativo de carácter abierto y permeable que posibilita el acceso a nuestro ordenamiento jurídico de excepciones tanto a la eficacia refleja de la prueba ilícita como a su eficacia directa.

Bajo la cobertura de dicha doctrina se viene admitiendo que la confesión voluntaria del acusado, practicada previa información de derechos y con todas las garantías, tiene la virtualidad suficiente para convalidar los hallazgos obtenidos fruto de una actuación violatoria de los derechos fundamentales, calificándola de prueba jurídicamente independiente. Para la doctrina del TC español la confesión voluntaria del acusado permite dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el acto inicial ilícito.

En mi opinión, esta doctrina resulta inadmisibles, pues mediante esta argumentación se acaba reconociendo a la confesión del acusado virtualidad para subsanar las ilicitudes cometidas inicialmente, autorizando, por esta vía, el acceso al proceso de los elementos probatorios obtenidos con la práctica de una diligencia de investigación vulneradora de derechos fundamentales. Con ello se incumple la prohibición de valoración del art. 11 LOPJ. Por otro lado, difícilmente puede admitirse que se trate de una confesión voluntaria, pues como pone de manifiesto un sector de la doctrina, si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado su participación en los hechos.

Otra de las excepciones que se han introducido al amparo de la doctrina de la conexión de antijuridicidad ha sido la del descubrimiento probablemente independiente. La utilización del término probablemente ya nos indica el carácter excesivamente abierto de su formulación. Esta excepción se aplicó por primera vez en la mencionada STC 81/1998 al estimarse que el dato obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato «neutro», pues no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga en poder del acusado. Dicha excepción se aplicó, también, en las STC 171/1999 y 238/1999. Esta construcción produce, de facto, una reducción del estándar de inevitabilidad exigido en la excepción norteamericana del inevitable discovery, que obliga a las acusaciones a acreditar de forma fehaciente que la prueba se hubiera obtenido necesariamente aun cuando la inicial ilicitud no hubiera tenido lugar. Por tanto, el estándar de inevitabilidad se sustituye por el menos exigente de probabilidad, ampliándose de esta forma el campo de aplicación de la excepción y reduciéndose, correlativamente, el ámbito de operatividad de la regla de exclusión.⁵³

⁵³ Idem., pp. 148, 149, 150.

Capítulo III De los Derechos Humanos y su Relación con la Prueba

3.1 La Reforma Constitucional “De Los Derechos Humanos y sus Garantías.” (DOF: 10 de Junio del 2011)

“Como es apreciable, con la Carta Magna de 1917 y sus garantías individuales, México traduce la voluntad del pueblo en un significativo cambio jurídico y político, parte de ello, se consigna en las llamadas garantías sociales, con lo que se inicia el llamado constitucionalismo social, al introducir los derechos de corte social, es decir, hipótesis normativas que otorgan derechos específicos a grupos de la sociedad desprotegidos, pretendiendo con ello generar una igualdad social, como se establece en los artículos 3, 27 y 123.

Ahora bien, los derechos humanos se orientan por una serie de principios básicos, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de hombres y mujeres. El Estado no puede restringir los derechos humanos fundamentales. Pero si bien son derechos consubstanciales al ser humano, lo cierto es que no siempre han sido respetados y menos aún reconocidos.

Los derechos a la vida, a la libertad, a la dignidad de las personas fueron seriamente conculcados durante la Segunda Guerra Mundial, de ahí que la conciencia internacional, expresada en la Organización de las Naciones Unidas, ante las atrocidades del holocausto y dispuesta a evitar la reedición del genocidio, definió en un documento básico cuáles eran los derechos fundamentales del individuo, dejándolos plasmados en la **Declaración de los Derechos del Hombre de 1948**, que constituye uno de los más importantes antecedentes de los llamados derechos humanos.

En el proceso evolutivo de los derechos humanos, las naciones han ido creando la normatividad que en el ámbito internacional se requiere para fortalecerlos, como han sido: **la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, entre otros.

Los anteriores instrumentos jurídicos son los más representativos a escala internacional y han servido como base para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos. Estos documentos han sido una de las vías para insertar adecuaciones en el ámbito jurídico de los Estados.

Las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos coinciden en el propósito de la minuta del Senado en cuanto a

reconocer constitucionalmente los derechos humanos de las personas y establecer las garantías para lograr la efectividad de su protección.

Reitera la necesidad de adecuar la Constitución, a fin de incorporar disposiciones en materia de derechos humanos que den cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el país.

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación⁵⁴ el Decreto por el que se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reformó y adicionó a diversos artículos de la Constitución Federal, a través del cual se reconocen constitucionalmente los Derechos Humanos de las personas y establecen las garantías para lograr su efectiva protección.

Título Primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁵⁵

⁵⁴ "Diario Oficial de la Federación" de fecha viernes 10 de junio del 2011 referente a "la reforma Constitucional de los Derechos Humanos"; obtenido el 15 de enero 2014 a las 10:00hrs, en el sitio web http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011 p.1

⁵⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. op.cit., 1

La reforma ofrece varias novedades importantes, a saber son las siguientes:

1.- La denominación del capítulo I del Título primero de la Constitución cambia, dejando atrás (al menos en parte) el anticuado concepto de “garantías individuales”. Apartir de la reforma se llama “de los Derechos Humanos y sus Garantías”. La expresión derechos humanos es mucho más moderna que la de garantías individuales y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional, si bien es cierto que lo más pertinente desde un punto de vista doctrinal hubiera sido adoptar la denominación de “derechos fundamentales”.

2.- En el artículo primero constitucional en vez de “otorgar” los derechos, ahora simplemente los reconoce. Apartir de la reforma se reconoce que toda persona “goza” de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la constitución como los tratados internacionales. La constitución se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos demostrando de esa manera una vocación cosmopolita muy apreciable.

3.- En el mismo artículo primero constitucional se recoge la figura de la “interpretación conforme”, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de un bloque de constitucionalidad (integrada no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

4.- Se incorpora en el párrafo segundo del artículo primero constitucional el principio de interpretación “propersona”, muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos. Este principio supone que cuando existan diversas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derechos humano, y también significa que cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas el intérprete debe elegir aquella que igualmente proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

5.- Se señala, en el párrafo tercero del artículo primero, la obligación del estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno, sin excepción) de promover, respetar proteger y garantizar los derechos humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano “reconocido” por la constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas.

6.- las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

7.- el estado mexicano señala el artículo primero constitucional a partir de la reforma debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.⁵⁶

Los legisladores federales en las consideraciones hechas en el respectivo dictamen, definen en términos generales a los **derechos humanos como el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada.**

Los artículos constitucionales reformados son: 1°, 3°, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, y 105, además de la denominación del Capítulo I del Título Primero, tienen una especial trascendencia en el Orden Jurídico Nacional, no sólo porque en su contenido se materializan trabajo y esfuerzo de incontables actores, sino también porque implica nuevas reglas para la conformación, introducción, modificación y derogación de las diversas normas que regulan dicho orden, para lo cual deben ser considerados nuevos aspectos, entre ellos el relativo a las normas establecidas en los instrumentos internacionales, de los que el Estado Mexicano es parte.⁵⁷

La reforma constitucional de 2011 viene con adelanto a acelerar la evolución interpretativa que deberá generarse en torno a los derechos humanos en el ámbito de la protección jurisdiccional.⁵⁸

¿Y qué posibles fundamentos filosóficos hay para los derechos humanos? Tradicionalmente, quienes se han dado a la tarea de ofrecer tal fundamento a estos derechos han oscilado entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. Se han propuesto varias posibilidades intermedias, diferentes; pero se ha visto que en definitiva se reducen a alguna de estas posturas clásicas, por carta de más o por carta de menos. El iuspositivismo consiste en fundamentar esos derechos en la sola positivación de los mismos, esto es, en el acto normativo, que los hace formar parte del *corpus* jurídico de un estado; así tendrán una fuerza coercitiva que los haga ser cumplidos y respetados. En cambio, el ius naturalismo sostiene que la fundamentación de esos derechos está más allá de su positivación, en algo previo a ella, y se pone en la naturaleza humana (la cual, a su vez es entendida de diversas maneras).

⁵⁶ Carbonell-Miguel; "La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades". México D.F. 2012. Obtenida del sitio web <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml> el día 2 de marzo 2014 a las 21:00 hrs. p.1.

⁵⁷ Gamboa-Montejano, Claudia; y Ayala-Cordero, Hector; "Reforma Constitucional relativa a los Derechos Humanos y los Tratado Internacionales". Recuento del Proceso Legislativo y de los principales instrumentos internacionales a los que alude dicha reforma. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis; Subdirección de Análisis de Política Interior de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados. México D.F. Junio 2012; obtenido del sitio web <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-15-12.pdf> el día 28 de noviembre 2013 a las 19:32hrs. pp. 2,6,7.

⁵⁸ Martínez-Garza, Minerva; (abril-junio 2011) "La Reforma Constitucional al marco de los Derechos Humanos" Revista Letras Jurídicas. no. 75. Nuevo León México. p.1.

EL IUSPOSITIVISMO Muchos partidarios ha ganado el positivismo jurídico, sobre todo por la sencillez y firmeza de su planteamiento. Tiene varias modalidades, pero lo resumiremos lo más posible. No hay derechos humanos hasta que sean puestos como derechos fundamentales en la constitución de un país, o en una declaración firmada por varios países (por todos, si fuera posible). En algún momento, Bobbio llegó a decir que, desde su positivación en la Declaración de la ONU de 1948, la fundamentación filosófica de los derechos humanos había dejado de ser un problema. Estaban fundamentados en el consenso y las firmas de los países que la suscribían. Y, si se iban descubriendo nuevos derechos humanos, bastaría con que se fueran incorporando a esas legislaciones. No negaré que es necesaria y urgente la positivación de los derechos humanos, y que vayan creciendo y engrosando las cartas magnas de los diversos países, o en las que acceden a firmar entre varios de ellos.

Pero no parece que ahí termine el asunto. El peligro que tiene el iuspositivismo es que está en manos del positivador, y puede estar al servicio de un individuo o grupo. Y, si viene otro positivador, podrá positivizar leyes injustas, o podrá despositivar estos derechos, sin que encontremos ningún recurso que oponerle, ni siquiera de tipo moral, que se dirija a la conciencia, como es el de la filosofía. Algunos dirán que esto es un recurso muy magro, y que viene a ser casi un consuelo oponer al tirano, al cancelador o violador de los derechos humanos, una objeción moral y de conciencia de la cual se reirá seguramente. Pero algo es ya el tener una autoridad moral, al ser un escrúpulo molesto que no deje en paz las conciencias, como siempre ha sido la labor del filósofo moral. En todo caso, también hemos visto, y con tristeza, que cuando un país viola los derechos humanos, no hay fuerza autorizada para detenerlo; pues, o bien todos fingen que no están obligados a hacerlo, o hay alguno (uno, muy en concreto) que finge estar constituido como el policía del globo terráqueo, y entonces la situación es peor que al inicio.

Muy claramente Bobbio reconoce que el iuspositivismo tiene la falla de dejarnos inermes frente al que cancela o despositiva los derechos humanos. Por eso se siente uno impulsado a ensayar y pulsar las otras alternativas. Y la otra alternativa es el iusnaturalismo (con varias modalidades, pero que resumiremos al máximo).

EL IUSNATURALISMO, al iusnaturalismo se le ve el defecto, de entrada, de basarse en algo extrajurídico, a saber, la naturaleza humana. Da la impresión de que los llamados derechos naturales no son derechos, pues sólo es derecho lo que es creado de manera positiva y normativista.

En concreto, tales derechos naturales no son como los derechos positivos, que tienen una instancia coercitiva que los haga cumplir. Estos derechos naturales sólo tienen como instancia que los haga valer una coerción

moral: la buena conciencia y, en definitiva, la buena voluntad de los seres humanos. Pero eso es difícil de conseguir.

Tales derechos naturales, además de no parecer derechos, tampoco parecen naturales, ya que dicen basarse en la naturaleza humana, y no parece haber naturalezas, pues desde una postura nominalista o antiesencialista, es desechada. Pero esto podría subsanarse de manera no tan difícil, ya que en la actualidad han vuelto las posturas esencialistas, sobre todo en la filosofía analítica, y los teóricos de la posmodernidad que adoptan el antiesencialismo y el relativismo marchan en retirada, o dan razones tan débiles que no se pueden tomar en cuenta; y si tampoco aceptan razonar (ni dar ni aceptar razones), ellos mismos se excluyen de todo cognitivismo, y salen del diálogo discursivo o racional.

Pero, aun aceptando que de alguna manera se pueda invocar una naturaleza humana, queda el problema de cuál es la que se va a establecer. Se han propuesto tantas a lo largo de la historia, y tan diferentes que eso parece acabar con su existencia, es su mejor refutación. Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Hobbes, Locke, Hume, Rousseau, etc., han tenido las más diversas ideas acerca del hombre. Si se juntaran todas saldría un monstruo de contradicciones. Con todo, el disenso acerca de un objeto no implica necesariamente que el objeto no exista. El que no haya acuerdo en moral, y haya tantas escuelas éticas no cancela la posibilidad de que haya filosofía moral. Más bien hay que buscar cuál es la idea de hombre que se puede defender más que las otras, sus rivales. Inclusive se puede pensar en que dos o tres teorías acerca del hombre se acercan y se pueden hacer compatibles, son verdaderas y complementarias; pero por supuesto no todas. Hay que hacer una criba, y atender a lo que la experiencia histórica y la capacidad de abstraer que tiene el hombre le digan aproximadamente lo que es él mismo.

Se puede, pues, postular una naturaleza humana. El contenido que desde Aristóteles se le ha dado es el de animal racional. Y esto parece insuficiente, demasiado formal, ya que tendremos que discutir qué se entiende por racionalidad, qué tiene la razón como contenido material. Sobre todo se ha visto que tiene que ser una racionalidad ética, como han insistido Apel y Habermas. No basta una racionalidad sin más, pues ésta puede tomarse como razón maquiavélica, o puramente fría y estratégica, interesada e individualista, o instrumental, como la llama el discurso habermasiano.

Tiene que ser una razón ética, animada por el deseo del bien común, del bien no sólo individual, sino del de los demás. De otra manera no se podrían garantizar los derechos humanos, como se encargó de señalar Ernst Bloch.

Pero, aun cuando se llegue, así, a una naturaleza humana centrada en la racionalidad (Adela Cortina llama a las posturas de Apel y Habermas "iusnaturalismo procedimental" , esto es un iusnaturalismo formal o de la razón

sola), vemos que necesita ciertos contenidos materiales o axiológicos, no puede ser tan formal. Y aquí viene el impulso hacia la vida, hacia la integridad personal, hacia la procreación, hacia la educación de la prole, y hacia el cultivo del espíritu o cultura. Sólo de esta manera se podrá dar un contenido más explícito y aceptable a lo que se ve como naturaleza del hombre. Tal vez se tenga que discutir acerca de esos contenidos: la vida, la cultura, etc., pero ya será sólo para explicarlas y aclararlas, no para postularlas.

Pues bien, otro reparo u objeción que se hace al iusnaturalismo es que, al basarse en una naturaleza humana, y determinar en ella las necesidades y las aspiraciones del hombre, puede englobar como en un sistema cerrado a los seres humanos, y declarar nohombres a los que no se pliegan a esa definición, por no caber en ella o no aceptarla. Pero esto sólo ocurriría si se mantuviera una idea completamente cerrada y excluyente de la naturaleza humana, no si se tuviera una que no fuera reduccionista, aunque tampoco tan abierta como para que se desdibujen sus contornos.

O se puede temer que, por excluir los cambios en la naturaleza humana, no se adapte a las vicisitudes históricas del hombre y sea tan universal que olvide las peculiaridades de los individuos. Tal objeción se puede superar, a condición que no se exija a la noción del hombre que acepte todo, sin límites; justamente son los límites los que constituyen una definición. Se preguntará: ¿y quién impone esos límites? Se ponen de manera *a posteriori*, por la experiencia y la reflexión (ni siquiera de manera sintética *a priori*, como quieren Apel y Habermas). Se atiende a la experiencia que da la historia, la cual ya es bastante, y se extrae por una abstracción reflexiva lo que ella decanta acerca del ser humano.

Este es el gran problema que tiene el iusnaturalismo. ¿Cómo seguir siendo iusnaturalistas si admitimos adaptaciones, y cómo seguir siendo justos si no se adapta a los movimientos históricos del hombre?

el iusnaturalismo sostiene que el origen de los derechos humanos no reside en la ley positiva, sino que parte de la naturaleza propia del ser humano, una naturaleza que es superior y precedente a cualquier ley positiva. Una definición clásica de iusnaturalismo es la siguiente: el derecho natural es aquel que la naturaleza da a los seres humanos por el simple hecho de serlo. En el caso de las tradiciones religiosas, los derechos naturales son una de las características con las que Dios dota a los seres humanos.⁵⁹

⁵⁹ Beuchot-Mauricio: (Junio 2012) "*La fundamentación de los Derechos Humanos como dilema moral*". Revista Universitas Studiorum. Vol. III No.1. pp. 32, 33,34, 35, 36.

3.2 Diferencia Conceptual entre Derechos Humanos. Derechos Fundamentales y Garantías

Se aborda el problema terminológico y conceptual de los derechos humanos, las garantías individuales y los derechos fundamentales, señalando los aspectos centrales de cada termino, la ambigüedad y el equivoco de alguno de ellos, así como la necesidad de que el derecho y la cultura jurídica mexicana, transiten hacia la adopción de otra acepción y concepto jurídico que refleje la realidad que se pretende comunicar con los derechos fundamentales. El termino y concepto de derechos fundamentales es más amplio y funcional tanto en el lenguaje natural como en el jurídico que otros como el de derechos humanos y garantías individuales.⁶⁰

Los **derechos humanos** son las facultades que tenemos los seres humanos, por el solo hecho de serlo, son inherentes a la persona humana y le permiten vivir y desarrollarse en condiciones de dignidad. Los gobiernos tienen la obligación de garantizar el cumplimiento de estos derechos. Los derechos humanos se fundamentan en valores elementales como: la vida, la igualdad, la libertad, la seguridad, el desarrollo y la paz, entre otros.

Desde que el ser humano existe, ha tenido que librar difíciles luchas por el reconocimiento de estos derechos. En la historia de todos los pueblos, siempre han existido personas que se sienten superiores a los demás o que entienden el poder como un instrumento de sometimiento y dominación, por lo que la idea que actualmente tenemos de los derechos humanos no es la misma que se tenía hace siglos; tampoco es y ha sido la misma en cualquier parte del mundo, esto quiere decir que aun cuando hoy son una conquista que se ve reflejada en las leyes, su cumplimiento en la vida cotidiana, en muchas ocasiones, se ve amenazada.

La historia de estas luchas nos demuestra que la idea de ser humano se ha modificado, se han ido incluyendo grupos que originalmente no habían sido contemplados en el goce de los derechos más elementales, por ejemplo, el derecho a la vida, del que sólo gozaban las personas libres, ya que los esclavos podían ser privados de ella a juicio de sus dueños; las primeras leyes que protegían la libertad, la igualdad, la justicia, la participación política y el trabajo digno no beneficiaban a todas las personas, pues dejaban desprotegidas, por ejemplo, a las mujeres, las minorías étnicas, los presos, los discapacitados, los grupos marginados y los ancianos, entre otros.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes internacionales reconocen derechos a todas las personas, sin importar su raza,

⁶⁰ Carreón-Gallegos, Ramón Gil: "Derechos Humanos, Garantías Individuales y Derechos Fundamentales, problema terminológico conceptual". IJ-UNAM México D.F. 2012 obtenido del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3171/7.pdf> el día 4 de marzo 2014 a las 12:00 hrs pp. 131 y 132.

sexo, religión, edad, condición social, orientación política, ideológica y sexual o cualquier otra característica. Estas leyes parten de la idea de que todos somos iguales y por lo tanto poseemos los mismos derechos.

Sin embargo, y pese a los grandes acontecimientos sociales en que grupos de individuos han expuesto o perdido su vida, su libertad y, en general, todos sus derechos, algunos de los valores que fundamentan a los derechos humanos siguen siendo aspiraciones, en virtud de que no se ha logrado vivir en condiciones de igualdad en el acceso a muchos derechos, tales como la salud, la educación, la alimentación, la justicia, el trabajo y la libertad.

Hoy día, se sigue dependiendo de condiciones o características físicas, culturales, socioeconómicas o políticas, por lo que es importante señalar (en este intento de ubicar conceptualmente a los derechos humanos) que la parte fundamental en el tema de los derechos humanos es su aplicación y respeto, es decir, su vivencia. En este sentido, la creación de leyes es muy importante, pero más lo es su cumplimiento.⁶¹

Por otra parte, La palabra **garantía** proviene de *garante*; entre sus acepciones destacan "efecto de afianzar lo estipulado" y "cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad". Las nociones de afianzamiento, aseguramiento y protección son indisociables del concepto de garantías individuales.

Puede decirse que las garantías individuales son "derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo".

El hecho de que el artículo 1o. constitucional señale que "en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución", significa que los derechos que todo ser humano tiene son perfectamente reconocidos, pero su efectividad depende de que sean garantizados —es decir, afianzados o asegurados— mediante normas de rango supremo, de modo que las autoridades del Estado deban someterse a lo estipulado por ellas.

Antes de proponer un pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de las garantías individuales, conviene examinar lo que la doctrina ha dicho al respecto. Ignacio Burgoa ha afirmado que en el concepto de garantía individual concurren los siguientes elementos:

⁶¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos: "Manual de Derechos Humanos: Conceptos Elementales y Consejos Prácticos". México México D.F., Junio 2003. Obtenido del sitio web <http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Libreria/derechos/mandh.pdf> el día 5 de marzo 2014 a las 11:23 hrs pp. 15,16,17.

- 1.- Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).
2. Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).
3. Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).
4. Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).

Por su parte, Gregorio Badeni considera que "el ordenamiento jurídico, al consagrar la libertad y su caracterización, ofrece al individuo una amplia gama de posibles comportamientos normativos para cristalizar aquella libertad. Tales comportamientos reciben el nombre de derechos subjetivos, mediante cuyo ejercicio la persona podrá disfrutar de los beneficios de la libertad jurídica. La libertad es la esencia, y los derechos subjetivos los medios legales para tornarla efectiva en la convivencia social".

Para Jorge Carpizo son "límites que los órganos de gobierno deben respetar en su actuación; es decir, lo que no pueden realizar (...). Las constituciones garantizan a toda persona una serie de facultades, y se le garantizan por el solo hecho de existir y de vivir en ese Estado." Además, establece la diferencia con los derechos del hombre, ya que considera que mientras éstos "son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas".

Luis Bazdresch opina que "las garantías son realmente una creación de la Constitución, en tanto que los derechos protegidos por esas garantías son los derechos del hombre, que no provienen de ley alguna, sino directamente de la calidad y de los atributos naturales del ser humano; esto es, hay que distinguir entre derechos humanos, que en términos generales son facultades de actuar o disfrutar, y garantías, que son los compromisos del Estado de respetar la existencia y el ejercicio de esos derechos".

Guillermo Cabanellas de Torres estima que son un "conjunto de declaraciones, medios y recursos con los que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen".

A su vez, José Padilla afirma que "constituyen el derecho sustantivo, el derecho a proteger por el Juicio de Amparo cuando los órganos de gobierno, llamados autoridades, violan esas garantías o derechos".

Enrique Sánchez Bringas apunta que por "garantías individuales (...) en general, nos referimos a las prerrogativas alcanzadas por los hombres frente al poder público personificado en la autoridad.

Son los derechos que los gobernados pueden oponer a los gobernantes con el fin de que se conduzcan de la manera dispuesta por aquellas normas del orden jurídico del Estado que protejan la vida, la integridad, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad de las personas", mientras que Martha Elba Izquierdo Muciño afirma que "las garantías individuales son derechos inherentes a la persona humana en virtud de su propia naturaleza y de las cosas que el Estado reconoce, respeta y protege mediante un orden jurídico y social que permite el libre desenvolvimiento de las personas de acuerdo con su vocación".

Por último, Felipe Tena Ramírez destaca que la parte dogmática de la Constitución "erige como limitaciones a la autoridad ciertos (...) derechos públicos de la persona, llamados entre nosotros garantías individuales".

El parecer doctrinario permite concluir que, en efecto, las garantías individuales suponen una relación jurídica de supra-subordinación entre los gobernados y las autoridades estatales.

Los primeros son los sujetos activos de la relación, en tanto que los segundos participan en ella como sujetos pasivos. Los activos son los individuos, es decir, las personas físicas o morales, con independencia de sus atributos jurídicos —tales como la capacidad— o políticos —por ejemplo, no importa que no sean ciudadanos—.

Por su parte, los sujetos pasivos son el Estado y sus autoridades, así como los organismos descentralizados, cuando realizan actos de autoridad frente a particulares. Cuando el gobernado demanda del Estado y sus autoridades respeto a los derechos del hombre garantizados por la Constitución, ejerce un *derecho subjetivo público*; subjetivo porque se trata de una facultad derivada de una norma, y público porque se intenta contra sujetos pasivos públicos: el Estado y sus autoridades.

Como las garantías individuales son limitaciones al poder público, su violación no puede —al menos en México— reclamarse en contra de particulares, como lo expresó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia:

La Suprema Corte ha establecido en diversas ejecutorias, la tesis de que las garantías constitucionales por su naturaleza jurídica, son, en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público, y no limitaciones a los particulares, por lo cual éstos no pueden violar esas garantías, ya que los hechos que ejecuten y que tiendan a privar de la vida, la libertad... encuentran su sanción en las disposiciones del derecho común; razón por la cual la sentencia que se dicte condenando a un individuo por el delito de violación de garantías individuales no está arreglada a derecho y viola, en su perjuicio, las de los artículos 14 y 16 de la Constitución General.

No obstante este criterio, el artículo 364 del Código Penal Federal dispone que se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa, a quien de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución Política en favor de las personas.

Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia de varios países han logrado que los derechos fundamentales de los individuos puedan ser protegidos al ser violados por actos de particulares; por ejemplo, el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa prevé que todos los preceptos relativos a las libertades y los derechos fundamentales se apliquen directamente a entidades públicas y privadas, y las vinculen. Ahora bien, cuando en la definición propuesta se dice que los derechos del hombre han de ser intocables, siempre que ello no ponga en riesgo la libertad colectiva, se alude a que los derechos de que gozan los individuos no se restringirán ni suspenderán sino cuando tales medidas sean necesarias para mantener el orden y la paz en las relaciones sociales. Esto se encuentra previsto en la parte final del primer párrafo del artículo 1o. constitucional, donde se dice que las garantías "no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma (la Constitución) establece". En efecto, las garantías individuales no son derechos públicos subjetivos absolutos, pues "su uso, restricción y suspensión, se arreglan a los casos y a las condiciones que establece dicha Constitución, dentro de los límites que la misma señala".

Aun cuando los supuestos de restricción o suspensión de las garantías individuales se hallen previstos en la propia Constitución, como lo demuestra su artículo 29, no debe olvidarse que el medio protector por excelencia de las propias garantías también figura en el texto constitucional, concretamente en los artículos 103 y 107, relativos al juicio de amparo.⁶²

Ahora bien, por otra parte, junto a la explicación de su concepto, una de las primeras cuestiones que deben ser estudiadas sobre el tema de los **derechos fundamentales** tiene que ver con su fundamento, con su razón de ser.

El más próximo a los estudios de carácter estrictamente jurídico diría que son derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y por que el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado sostendría esta visión tales derechos son fundamentales. Siendo esto cierto en parte, también es verdad que para cualquier observador resulta obvio que los derechos no han llegado ni automática ni mágicamente a los textos constitucionales. Los

⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Julio 2013). *Las Garantías Individuales Parte General*. México D.F. Ed. SCJN. pp. 48-59.

derechos están allí por alguna razón; razón (o mejor, razones) que habría que rastrear en la historia, en la sociología, en la economía y en la política, no solamente en el interior de los fenómenos jurídicos. Reducir los derechos a su connotación jurídica, sin dejar de ser importante, significa aislarlos de una realidad que va más allá de los diferentes ordenamientos jurídicos que, tanto en la esfera interna de los Estados nacionales como en la de las relaciones internacionales, los han reconocido y protegido.

El estudio de los derechos tiene que distinguir, en consecuencia, varios planos de análisis, cada uno de los cuales intenta responder a preguntas diferentes.

a) Uno, que se acaba de mencionar, es el que corresponde a la dogmática jurídica de acuerdo con el cual, se estudian los derechos fundamentales que están consagrados en los textos constitucionales o en algunos tratados internacionales. Desde este punto de vista la pregunta a contestar es la de ¿cuáles son los derechos fundamentales? La respuesta a esta pregunta se debe dar a través de la descripción de un determinado ordenamiento jurídico; así pues, se describirán la libertad de expresión del artículo 6o. de la Constitución mexicana o la libertad de tránsito del artículo 11 de la misma carta magna. Éste será el objeto de estudio del capítulo segundo y siguientes de este libro, en los que iremos abordando el análisis de todos los derechos que están explícitamente recogidos en el texto constitucional mexicano o que forman parte del sistema jurídico nacional por estar incorporados en un instrumento de derecho internacional que México ha firmado y ratificado.

b) Un segundo nivel de análisis corresponde a la teoría de la justicia o también a la filosofía política; para este punto de vista lo importante es explicar la corrección de que ciertos valores sean recogidos por el derecho positivo en cuanto derechos fundamentales, así como justificar la necesidad de incorporar como derechos nuevas expectativas o aspiraciones de las personas y grupos que conviven en la sociedad. La pregunta a la que se busca contestar en este nivel de análisis es ¿cuáles deben ser (o es justo que sean) los derechos fundamentales? Para responder a esta cuestión se deben ofrecer justificaciones y razones por las que se considera que deben ser derechos fundamentales el derecho a la igualdad, los derechos de libertad o los derechos de participación política, con independencia de que un determinado ordenamiento jurídico los recoja o no como derechos efectivamente tutelados por la Constitución.

c) Un tercer nivel es el que corresponde a la teoría del derecho; dicha teoría tiene por objeto construir un sistema de conceptos que nos permita entender qué son los derechos fundamentales. La pregunta que se intenta resolver en este nivel de análisis: ¿qué son los derechos fundamentales? Para dar contestación a esta pregunta se debe aportar una definición estipulativa de lo que son los derechos fundamentales; en cuanto tal, no será verdadera ni falsa, si no más o menos adecuada en virtud del rendimiento explicativo que tenga para entender lo que son los derechos fundamentales en cualquier

ordenamiento jurídico, con independencia de cuáles sean los derechos que en ese ordenamiento se prevean.

d) Un cuarto nivel es el que atañe a la sociología en general y a la sociología jurídica en particular, así como a la historiografía; desde este punto de vista, la pregunta relevante es ¿qué derechos, con qué grado de efectividad, por qué razones y mediante qué procedimientos son y han sido, de hecho, garantizados como fundamentales? Se trata de estudiar el grado de eficacia que los derechos han tenido y tienen en la realidad, así como los factores que inciden en esa eficacia, los grupos sociales que presionan para que se creen nuevos derechos o aquellos que se oponen a los ya consagrados y así por el estilo. Para responder a esa pregunta, nos dice Luigi Ferrajoli, debemos aportar respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, si no a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido, primero, afirmados y reivindicados, y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las Constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin, de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio.

Otra cuestión de orden conceptual tiene que ver con la denominación misma de “derechos fundamentales” que se ha elegido para el título de este libro y para el resto de su contenido. Creo que es importante justificar la elección del término, así como explicar porqué no se optó por otro más clásico como el de “garantías individuales y sociales” o uno más extendido y conocido como el de “derechos humanos”.

Los conceptos de “derechos fundamentales”, “garantías individuales y sociales” y “derechos humanos” no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente. Desde luego, es la Constitución la que utiliza, en el encabezado de su primera parte, el término “garantías individuales”, al que se apega la mayor parte de la doctrina mexicana.

Sin embargo, no lo consideramos el más adecuado, porque como ha demostrado en muchos de sus trabajos Héctor Fix-Zamudio, el concepto de garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales. Luigi Ferrajoli señala que “garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.

¿si por todas las razones que se han dado no es aconsejable o adecuado recurrir al concepto de “garantías individuales” para denominar a nuestro objeto de estudio, porqué no utilizar el término, tan común y aceptado, de derechos humanos? Los derechos humanos no deben ser confundidos con los derechos fundamentales. Son fundamentales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales.

Pese a todo, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Por el contrario. De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos *constitucionalizados*.

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”. El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.⁶³

3.3 Control de Convencionalidad.

El surgimiento del trascendental concepto de “control de convencionalidad” fue utilizado por primera vez de forma aislada en varios de los votos del ex Juez y ex Presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez. En esas primeras referencias, se definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la Corte IDH realizaba “al analizar la complejidad del asunto, verificando la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención debiendo explorar las circunstancias de jure y de facto del caso.” En esta primera concepción, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente.

Esta concepción del control de convencionalidad (tradicional o básica), en principio concentrada en un tribunal internacional, se ha visto complementada con una concepción “ transnacional”, en donde el acatamiento y aplicación de la Convención Americana y su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se configura, en palabras del Juez

⁶³ Carbonell-Miguel: Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1917: Introducción General. México D.F. obtenida del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1408/4.pdf> el día 2 de marzo 2014 a las 17:37hrs. pp. 4-12

Interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, como un “control judicial interno de convencionalidad”.

El momento histórico en donde este salto se da es el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, resuelto el 26 de septiembre de 2006. Esta sentencia se inscribe en la línea de varios fallos de la Corte IDH en casos de leyes de auto amnistía, donde se resolvió sobre la invalidez del decreto ley que dejaba en la impunidad los crímenes de lesa humanidad en el periodo comprendido de 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicho decreto resultaba incompatible con la Convención Americana careciendo de “efectos jurídicos” a la luz de dicho tratado.

De este fallo destacan los párrafos 123 a 125 que contienen la esencia de la doctrina:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular.

Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.⁶⁴

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del

⁶⁴ Pelayo-Muller, Carlos María. (2002). *El Surgimiento y Desarrollo de la Doctrina de Control de Convencionalidad y sus Implicaciones en el Estado Constitucional*. México D.F. Ed. Astrea. pp. 1 y 2.

mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁵

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”

Así, el proceso de expansión del concepto de “control de convencionalidad” permeaba del ámbito internacional al nacional, por decisión y orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de garantizar la eficacia del tratado y el respeto y garantía de los derechos en casos de leyes de amnistía que eran contrarias a la Convención Americana.

Posteriormente, la Corte IDH aclaró y a la vez expandió su doctrina sobre el control de convencionalidad para establecer que debe ejercerse ex officio sin necesidad de que las partes lo soliciten; y dentro de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes de cada autoridad, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

A partir de 2010, la Corte IDH sustituyó las expresiones relativas al “Poder Judicial” para hacer referencia a que “todos los órganos” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.

Esta consideración de ejercer este tipo de control por todos los órganos de los Estados se entiende no sólo a los “jueces” y “órganos vinculados a la administración de justicia”, sino también a las “autoridades administrativas”; por supuesto, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales.

Lo anterior, si bien se dejaba ver en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), ha quedado clarificado por la Corte IDH en el Caso Gelman vs. Uruguay (2011), estableciendo que también debe primar un “control de convencionalidad” al constituir una “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. De ahí que este tipo de control sea considerado como de carácter “difuso”, existiendo diversos grados de intensidad y realización dependiendo de las competencias de cada autoridad.

La doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH es, en definitiva, un concepto que no se encuentra exento de controversia y de detractores. Igualmente, debe destacarse que es un concepto híbrido que

⁶⁵ Montes-Corona, Daniel: “Control de Convencionalidad Obligación de los Jueces Mexicanos”. México Legal. 1998 obtenida del sitio web <http://mexicolegal.com.mx/vp-ind.php?id=530&categoria=derecho> el día 16 de marzo 2014 a las 20:36 hrs p.2.

combina elementos tanto del Derecho Constitucional como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta particularidad hace que el control de convencionalidad tenga la virtud o defecto de no contar con varias características que poseen otras figuras jurídicas en estas ramas del derecho, que a la postre han terminado por convertirse en dogmas inamovibles.

El control de convencionalidad, como una doctrina incipiente, en muchas ocasiones choca con estos dogmas ya establecidos, dado que no es una figura que responda valga el juego de palabras a los convencionalismos jurídicos tradicionales.

Así, son varias peculiaridades que podemos encontrar en torno al control de convencionalidad. En primer lugar, habría que señalar que el control de convencionalidad no posee una fundamentación teórica propia y previa a su creación e implementación por parte de la Corte IDH. En segundo lugar, su mismo carácter expansivo hace patente que no posee definitividad y exhaustividad en sus postulados, por lo que el concepto de control de convencionalidad es esencialmente un concepto evolutivo, lo que trae como consecuencia que la última palabra no haya sido aun dicha tanto a nivel internacional, como nacional. En tercer lugar, el concepto de control de convencionalidad es evidentemente un concepto controvertido incluso entre sus creadores, académicos y otros tribunales nacionales, ya que su desarrollo no ha sido vertical, unipersonal o concentrado en donde, por ejemplo, una sola fuente autorizada lo define y lo limita sino ha tenido un desarrollo horizontal, democrático y sobre todo plural, desarrollado en la lógica de lo que se le denomina un “constitucionalismo multinivel”.

En el mismo tenor, habría que señalar que si bien las implicaciones del concepto de control de convencionalidad son en general novedosas, muchas de las mismas, como la aplicación interna de los tratados internacionales por parte de tribunales nacionales, responden a lógicas y formulas constitucionales experimentadas previamente en el Continente y otras latitudes. En esas oportunidades, se aplicó lo estipulado por los tratados internacionales de derechos humanos así como lo dispuesto por los órganos internacionales autorizados para interpretarlos, pero no se llegó a hablar de la existencia de un “control de convencionalidad”, al menos de forma explícita. Una de las razones principales para que esto sucediera así, se relaciona con un hecho meramente cronológico: muchas de estas sentencias son previas a la creación del concepto por parte de la Corte IDH.

Derivado de lo anterior, es importante aclarar que el “control de convencionalidad” no es una ocurrencia de la Corte IDH. Al respecto, se puede afirmar que el Tribunal Interamericano, desde su primer sentencia en un caso contencioso, ha ordenado a los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tomen todas las medidas necesarias para garantizar los derechos adecuando todo su aparato estatal para lograr este

fin. Así, desde el caso Velásquez Rodríguez, la Corte IDH expuso ampliamente el contenido de las obligaciones generales de respeto y garantía, y lo que implicaba para los Estados parte.

De tal suerte, tal y como lo señala Ibañez Rivas, que el control de convencionalidad constituye una de las medidas que los Estados deben poner en práctica para garantizar el efecto útil de la Convención Americana y dar cumplimiento a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación.

Asimismo, es una herramienta que claramente favorece la protección de los derechos humanos desde los Estados y, paralelamente, afianza el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción internacional.

De igual forma, como lo afirma Carbonell, **el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional.** Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales.

El control de convencionalidad, tanto en la Corte IDH como en diversos tribunales nacionales, se ha desarrollado como una herramienta para dar respuesta a situaciones en donde el respeto y garantía de los derechos ha sido puesto en entredicho y donde diversas y variadas acciones deben ser tomadas por todos los niveles de gobierno de un Estado. Esto explica que su constante adecuación y transformación se haya vuelto necesaria. Limitar los alcances del control de convencionalidad en una lista taxativa de reglas o incluso encasillarlo en una ley sería retar a la imaginación de las autoridades estatales para no cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía que la Convención Americana impone.

En consecuencia, se puede afirmar que la doctrina del control de convencionalidad ha surgido y se ha forjado a partir de situaciones concretas de violaciones a derechos humanos y la subsecuente necesidad de encontrar una efectiva solución para hacer vigentes las obligaciones tanto de respeto como de garantía de los derechos. Es en sí, un instrumento en donde su principal protagonista mas no el único ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁶

El control de convencionalidad es definido entonces como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria ex officio por los órganos del poder judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a

⁶⁶ Pelayo-Muller, Carlos María: op.cit., pp.1,2,3,4.

las obligaciones contraídas por el estado respecto del tratado del cual es parte.⁶⁷

El control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Es una herramienta para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo es de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un *ius commune* en la región.

En otras palabras, es la revisión que debe hacerse para constatar que la conducta de los órganos que son revisados está de acuerdo con el tratado internacional y demás disposiciones aplicables en el caso en cuestión. Así, el “control de convencionalidad” :

“... implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas.”

El desarrollo de esta doctrina comenzó en los años 2003 y 2004, aun no dentro del razonamiento y parte decisoria de la sentencia, sino de distintos votos particulares que la explicaban. Lo siguiente muestra de manera clara en qué consiste esta obligación, al decir que: El desarrollo posterior de este concepto se dio ya en el cuerpo de las sentencias de la Corte Interamericana, por primera vez en el año de 2006. En un caso resuelto en contra de Chile, en el que se determinó que ante las obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de un tratado internacional como la Convención Interamericana, los Estados, al estar sometidos a ella, debían “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

⁶⁷ Ibañez-Rivas, Juana María: “Control de Convencionalidad: Precisiones para su Aplicación Desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. México D.F. febrero 2012; obtenido del sitio web <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725> el día 23 de enero 2014 a las 16:00hrs. p. 108

Una vez resuelto el significado del control de convencionalidad, es importante indagar en sus particularidades, en primera instancia en cuanto a los tipos de “control de convencionalidad” que existen y a los órganos que lo realizan, para después poder explicar el resto de éstas de manera más sencilla.

En materia de control de convencionalidad, es necesario tener presente que cuando se hace referencia a este término, se puede hablar de dos cosas que, aunque se conectan en cuanto al contenido y procedimiento del control, son diferentes en cuanto a los órganos que los llevan a cabo. Así, el control de convencionalidad se parte en **dos tipos distintos**, que son llevados a cabo por dos órganos distintos: el primero es **el control concentrado de convencionalidad**, que realiza únicamente la Corte Interamericana; el segundo es **el control difuso de convencionalidad**, que realizan los Estados, en el ámbito de sus competencias a través de todas sus autoridades.

La Corte Interamericana realiza el control concentrado de convencionalidad cuando verifica de forma subsidiaria que las disposiciones internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la Convención Americana sean acordes y no violenten su contenido.

Los Estados, en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben realizar el control difuso de la convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte Interamericana. En estos casos los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que estos no contraríen a la Convención Americana, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos.

En el primer caso en que el control de convencionalidad se estableció, se señaló que los Estados eran responsables frente a la Corte IDH por los actos de todos sus órganos (tomándolo como un todo integral), en virtud de las obligaciones de la Convención Americana “sustraer a otros de este régimen convencionalidad de responsabilidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”.

El criterio fue sostenido y reafirmado en otro voto razonado un año después, en el que el juez Sergio García Ramírez estableció que:

[...] A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional

acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.”

Al realizar esta revisión de los actos del Estado, la Corte Interamericana determina, en caso de que los actos sean contrarios a la Convención Americana, la responsabilidad completa del país en cuestión, no solamente del órgano directamente responsable. En estos casos, la Corte puede declarar que el acto es contrario a la convención y solicitar al Estado que lo modifique o lo repare.

La Corte Interamericana hace el control de convencionalidad cuando en sus veredictos descarta normas locales, incluso constitucionales, opuestas a la Convención, incluso a las normas constitucionales las descarta en sus veredictos. El control difuso de convencionalidad, por su parte, sale del ámbito de competencia de la Corte Interamericana y se inserta en el ámbito de competencia de cada uno de los Estados parte de la Convención Americana.

Ante la lógica de que las disposiciones contenidas en la Convención Americana forman parte del derecho interno, y que éste debe adecuarse a las disposiciones de la Convención misma (artículo 2 de la Convención Americana), la Corte consideró que los Estados debían velar por ella también en el ámbito nacional. Por esta razón determinó que el control de convencionalidad no debía ejercerse solamente por ella y que no debía ser ella quien realizara este control en primera instancia.

Fue así que aproximadamente tres años después de comenzar a desarrollar doctrinariamente el tema del control de convencionalidad en distintos votos razonados, la Corte Interamericana resolvió en el cuerpo de una sentencia en el caso Almonacid Arellano contra el Estado de Chile, que:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos...

En esta sentencia el criterio que ya había sido establecido en los votos razonados anteriores se volvió más específico, al determinar que serían los jueces del Estado quienes también estaban obligados a realizar el control de convencionalidad.

El criterio se sustentó y se desarrolló todavía más en el caso de los Trabajadores cesados del Congreso en contra del Estado de Perú también en el 2006, donde la Corte retomó y sustentó el criterio que ya había establecido en el caso Almonacid.

El desarrollo importante en este caso, es que se establecía que los órganos en general, aludiendo a la totalidad, del Poder Judicial debían realizar el control de convencionalidad “ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

En esta sentencia la Corte IDH, además de señalar la obligación de los jueces de realizar el control de convencionalidad (continuando ya una consistente línea doctrinaria sobre esta obligación), agrega que ese control debe ser de oficio; es decir que no debe ser una atribución que debe exigir el actor del caso en concreto para que lo realice el juzgador, sino que los jueces del poder judicial deben llevarlo a cabo por sí mismos.

El criterio que emite la CoIDH en “Trabajadores cesados del Congreso”, indica que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el control de convencionalidad, es decir, le requiere el doble control.

Néstor Sagües para estos efectos, se pregunta, ¿qué ocurre si según el régimen vigente en un país determinado, hay jueces del Poder Judicial no habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, el que se reserva, por ejemplo, solamente a su Corte Suprema o a una Sala Constitucional de la Corte Suprema? Y agrega que como un control total o parcial concentrado, (caso como el de México) señala algunas alternativas, entre ellas una reforma constitucional.

La Corte Interamericana obliga al juez local a practicar directamente el control de convencionalidad, y que ese oficio no necesita estar autorizado por la Constitución o autoridades domésticas, sin perjuicio de sus competencias. Y si una norma local, constitucional intenta impedir el control de convencionalidad al juez apto para realizarlo, dicha norma sería “inconvenional” por oponerse, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez explicadas las diferencias entre el control concentrado y el control difuso de convencionalidad, es necesario ver de qué forma puede llevarse cada

uno de los controles.⁶⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el control de convencionalidad al establecer: **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Nota:

⁶⁸ Bustillo-Marín Roselia. (2012). *El Control de Convencionalidad: La Idea de Bloque de Contitucionalidad y su Relación con el Control de Constitucionalidad en Materia Electoral*. Líneas Jurisprudenciales. México, D.F. Ed. Errapar S.A. pp. 6,7,8,9,10

En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente. Por ejecutoria del 19 de septiembre de 2012, la Segunda Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 283/2012 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis.⁶⁹

3.4 El control de convencionalidad y su interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México: El Expediente Varios 912/2010

El desarrollo horizontal, democrático y plural del control de convencionalidad encuentra su mejor ejemplo cuando esta doctrina es aplicada y desarrollada por cortes y tribunales nacionales ya sea directamente en cumplimiento de un fallo de la Corte IDH o indirectamente en un esquema de "constitucionalismo multinivel".

En México, se dio el primer supuesto de aplicación a un poco más de un mes de la publicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011. Dicha reforma actualizó el régimen constitucional en materia de derechos incluyendo una cláusula de incorporación de los tratados de derechos humanos a nivel constitucional. Así, el Artículo 1, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir de ese momento histórico señala que: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."

⁶⁹ "Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 hasta la fecha 2011"; obtenido el 17 de marzo 2014 a las 18:00 hrs del sitio web <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

La cuestión a resolver en el Expediente Varios 912/2010 era determinar la procedencia y modalidades de las acciones que tendría que llevar a cabo el Poder Judicial Federal para cumplir con algunas medidas de reparación dispuestas por la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Rosendo Radilla Pacheco y otros Vs. México.

El debate de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la discusión sobre si el Poder Judicial de la Federación resultaba obligado o no al cumplimiento de lo señalado por la sentencia en el Caso Radilla se verificó a partir de una consulta a trámite promovida por el, entonces, Ministro Presidente Guillermo Ortiz Mayagoitia en 2010, antes de la reforma constitucional.

En el **caso Radilla** (Varios 912/2010) la mayoría en el Pleno votó por un modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia del **caso Radilla vs México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** y en los artículos 1º, 103, 105 y 133, de la Constitución que podría resumirse así:

1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravenga la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos (en el ámbito de sus competencias).
2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones.
3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.⁷⁰

Al menos se desprenden dos obligaciones claras para los jueces mexicanos. Por una parte, se encuentra la obligación de que sean impartidos cursos de capacitación en derechos humanos para el Poder Judicial Federal.

Por otra, la Corte idh dispuso que el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes con el fin de no aplicar el Artículo 57

⁷⁰ Parduci-N. Nicolás. (Enero 2012). *Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en la SCJN*. México D.F. Ed. La Ley-Actualidad. p. 2.

fr. II del Código de Justicia Militar por ser contrario a la interpretación que ha dispuesto la Corte idh del texto del mismo tratado internacional.

Esto en virtud de que dicha disposición del Código de Justicia Militar permite al fuero militar tener competencia en asuntos en donde civiles alegan ser víctimas de violaciones a derechos humanos a manos de personal de las Fuerzas Armadas, violando con ello varios derechos consagrados en la Convención, entre ellos el derecho al juez natural. En esta tarea, precisó la Corte IDH, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana.

La consulta, en un primer momento, dio lugar al Expediente 489/2010, respecto al cual el Ministro José Ramón Cossío Díaz propuso un proyecto de resolución acorde con las exigencias del caso. En la discusión pública del proyecto los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010 no se llegó a una conclusión definitiva y el proyecto fue desechado.

La discusión volvió en julio de 2011 a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la Consulta a Trámite Expediente Varios 912/2010 relacionada con el Caso Rosendo Radilla. Sin embargo, había una diferencia fundamental en los parámetros en los que esta segunda discusión tuvo lugar, ya que con la reforma constitucional al Artículo 1° Constitucional, párrafo segundo, en esta ocasión los Ministros tenían la obligación constitucional expresa de analizar lo ordenado en el caso de Rosendo Radilla teniendo que realizar una interpretación conforme entre lo dispuesto en la Constitución y los tratados internacionales involucrados en el caso, y su interpretación por parte de la Corte idh, teniendo que aplicar, en caso de conflicto, el principio pro persona.

Algunos autores identifican al menos otras dos circunstancias que pudieron influir en la resolución final de la consulta: el hecho de que la Corte idh haya emitido una Resolución de Supervisión de Cumplimiento haciendo énfasis en el incumplimiento respecto a las medidas de reparación ordenada y que para esa fecha ya hubiesen sido decididos un total de seis casos contenciosos en contra de México, en los cuales, se ordenan medidas similares de reparación a las dispuestas en la sentencia del Caso Radilla Pacheco.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el uso de sus facultades en el Expediente Varios 912/2010 llegó a las siguientes y por demás novedosas conclusiones para el constitucionalismo mexicano:

(i) que las sentencias de la Corte IDH donde el Estado mexicano ha sido parte, constituyen cosa juzgada y son obligatorias en sus términos, incluso sus partes considerativas y no sólo sus resolutivos de conformidad con los artículos 62.3, 67 y 68 de la Convención Americana; en consecuencia, la Suprema Corte “aun como tribunal constitucional, no puede evaluar este litigio ni

cuestionar la competencia de la Corte Interamericana , sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos”;

(ii) que todos los jueces del país deben realizar un control de convencionalidad ex officio; y que derivado del nuevo contenido normativo del artículo 1º constitucional, todas las autoridades del país: dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.

(iii) que el control de convencionalidad ex officio opera en un modelo de control difuso de constitucionalidad, por lo que se realiza una nueva interpretación del artículo 133 a la luz del nuevo contenido normativo del artículo 1º de la Constitución Federal, para apartarse del criterio de la Suprema Corte que prevaleció desde la década de los años cuarenta del siglo pasado, que prohibía a los jueces locales realizar control difuso. De esta manera:

Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

(iv) que la jurisprudencia de la Corte IDH será “vinculante” cuando el Estado mexicano sea parte; en cambio, tendrá el carácter de “criterio orientador” de todas las decisiones de los jueces mexicanos en los demás casos (que no sea parte México), siempre que dicho criterio sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el tercer párrafo del vigente artículo 1º constitucional (reforma de junio de 2011).

En consecuencia: Los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.

Con posterioridad a la publicación del engrose, la Suprema Corte de Justicia de la Nación expidió ocho tesis de aisladas respecto a lo señalado en el Expediente Varios 912/2010 las cuales versan sobre la obligatoriedad de las

sentencias emitidas por la Corte Interamericana y los criterios emitidos por la Corte IDH en casos en donde México no ha sido parte; en cuanto al control de convencionalidad y constitucionalidad difuso y sobre las restricciones al fuero militar.⁷¹

3.5 Principio Pro Persona

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como todo corpus jurídico, se nutre de reglas y principios. Algunos de estos últimos derivan en particular del derecho internacional público, y otros son propios de la disciplina, establecidos para hacer efectiva la aplicación de las normas. Sin duda, el más importante de ellos es aquel al que la doctrina llama "*pro homine*", al que nosotros preferimos mencionar como el "*principio pro persona*".

Acudimos a la definición de este principio como **"... un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria ..."**.

El sistema interamericano de derechos humanos no encuentra un mismo nivel de aplicación, ya que hay diferentes grados de vinculación en la materia para los miembros de la Organización de los Estados Americanos, según estos hayan o no ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, y entre los primeros si aquellos han o no efectuado la declaración de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el sistema interamericano la gran mayoría de los casos encuentra su decisión última en un pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁷²

Las reformas aprobadas en junio del 2011 han cambiado el rostro constitucional de los derechos humanos en México. Sin lugar a dudas estamos ante la apuesta al día más importante de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁷³

⁷¹ Pelayo-Muller, Carlos María: op.cit., pp.4,5,6.

⁷² Salvioli-Fabián. (2012). *Un Análisis desde el Principio Pro Persona sobre el Valor Jurídico de las Decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. La Plata. Ed. Ediar S.A.p. 27.

⁷³ Caballero-Ochoa, José Luis: La Clausula de interpretación conforme y el Principio Pro Persona (Art 1° Segundo Párrafo de la Constitución). IJ-UNAM. México, D.F. obtenida del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf> el día 2 de marzo 2014 a las 14:23hrs. p. 1.

Además, colocó en el centro de la actuación del Estado mexicano la protección y garantía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por éste. Por ello, se trata de una reforma que impacta de manera sustantiva en la labor de todas las autoridades del país, toda vez que deben hacer efectiva la aplicación de la totalidad de las obligaciones reconocidas constitucionalmente.

Todas las autoridades sin excepción se encuentran obligadas a asumir una responsabilidad de Estado en la implementación de esta compleja transformación constitucional; y, en especial, reconocen aquella que enfrentan las y los operadores de justicia, particularmente quienes tienen en sus manos la impartición de justicia o funciones asociadas con la defensa –tanto jurisdiccional como no jurisdiccional– de los derechos humanos, para desarrollar todas sus acciones desde el nuevo paradigma que supone la incorporación de una perspectiva de derechos humanos.⁷⁴

En la parte final del segundo párrafo del artículo 1º constitucional se establece que la interpretación de las normas de derechos humanos debe realizarse favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.⁷⁵

De este modo, se insistió en incorporar en forma expresa el principio *pro persona*, cuya supresión por la Cámara de Senadores había generado dudas en algunas personas sobre su vigencia en nuestro orden jurídico.

En realidad, cabe tener presente que al reconocerse los derechos humanos de fuente internacional desde el texto previamente en vigor, dicho principio *pro persona* debía estimarse vigente y aplicable en el orden jurídico mexicano, como lo habían sostenido desde antes diversos tribunales colegiados

⁷⁴ Medellín-Urquiada, Ximena. (2012). *Principio Pro Persona. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*. México D.F. Ed. Reus. pp1,2.

⁷⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. op.cit., 1

de circuito, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como algunos ministros.

Desde la perspectiva interamericana, es en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde se considera consagrado el principio *pro homine* o *pro persona*, el cual es **“un criterio hermenéutico, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”**.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 5, estableció que en virtud de la regla contenida en el artículo 29 de la Convención, “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “este principio, conocido como *pro homine*, obliga al Estado a aplicar la norma que sea más favorable al reconocimiento de los derechos del individuo”, y “rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general en el derecho de los derechos humanos”.

Así, aun cuando había argumentos sólidos para sostener su aplicabilidad desde antes, con la adición del órgano revisor de la Constitución al párrafo que se comenta será evidente que los juzgadores nacionales se encuentran obligados a observar la interpretación que la Corte Interamericana otorgue a los derechos humanos en el caso de que ésta sea más protectora que la interpretación realizada en sede interna al respectivo derecho.

De no incorporar en sus sentencias esta interpretación más favorable, los juzgadores nacionales incumplirían lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana, sin perjuicio también de lo previsto en el artículo 2º de la referida Convención (al no realizar un control de convencionalidad) y del principio *pacta sunt servanda* contenido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (al no cumplir con las obligaciones pactadas en el tratado) ya no se diga del artículo 1º constitucional, de ser reformado.⁷⁶

De acuerdo con Mónica Pinto, el principio *pro persona* es un: **“... criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.”**

⁷⁶ Orozco-Henríquez, José de Jesús: (julio-diciembre de 2011). *“Los Derechos Humanos y el Nuevo Artículo 1º Constitucional”*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año V no. 28. p. 92.

De acuerdo a lo que establece la Constitución, el principio en estudio debe aplicarse a “las normas relativas a derechos humanos”. En consecuencia, surge la pregunta de ¿cuáles son esas normas y como se reconocen?. Para ello, se perfilan dos criterios. El primero, formal, partiría del supuesto de que el vínculo tradicional en derechos humanos es estado individuo, lo cual en si mismo implica una relación de desventaja de la que el principio pro persona se haría cargo. El segundo, sustantivo, afirmaría que las normas de derechos humanos son aquellas que se diseñan para que las personas estén en la posibilidad de crear y ejecutar, en condiciones de igualdad, un proyecto de vida digna.⁷⁷

De acuerdo con Martín Ábrego y Christian Courtis, el principio pro persona o *pro homine* consiste en “*un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos de suspensión extraordinaria. El principio coincide con el rasgo fundamental de derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre; y son precisamente “los propios tratados sobre derechos humanos los que siempre dejan a salvo los mejores derechos que pueden surgir del derecho interno de los estados que se hacen parte de ellos”, y como ejemplo podemos mencionar al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que pese a no ser un instrumento internacional especializado en derechos humanos, sino más bien un tratado-marco, fija la obligación de los Estados contratantes de asumir el principio o postura *pro persona*, y para algunos juristas como Carlos Montemayor, “este artículo es lo único que limita en Derecho Internacional” a la “autonomía de la voluntad soberana de los Estados”, y por tanto, los “derechos (fundamentales de las personas) deben incluirse dentro de las obligaciones no derogables por tratado.”*

Pese a que este principio ya ha sido regulado en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación en sus artículos 6 y 7, lo considero de tal trascendencia y necesaria su “concretización” –como lo dijo K. Hesse- que sería un gran avance su inclusión en nuestra Constitución, ya que traería un sin número de beneficios, tales como: la inevitable e ineludible aplicación de la norma que más favorezca al individuo por parte de todas las autoridades al estar prevista en la constitución; el tan esperado reconocimiento de los tratados de derechos humanos como norma suprema en cuanto brinde derechos más favorables por parte del poder judicial, para que lograrse abandonar la tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la jerarquía de la Constitución, tratados internacionales y leyes federales que únicamente ha logrado sembrar incertidumbre y no abonar en claridad la interpretación derivada del artículo 133, el cual, ha sido calificado de “oscuro, incongruente y

⁷⁷ Pinto-Mónica: “El Principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y Pautas para la Regulación de los Derechos Humanos”. obtenido del sitio web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf> el día 18 de abril 2014 a las 8:39 hrs. p. 2.

dislocador de nuestro sistema”, entre otras cuestiones, por cuanto no establece con exactitud los órdenes jerárquicos ni la garantía del respeto a los tratados internacionales sobre derechos humanos y como consecuencia, se carezca de mecanismos que eviten que el Estado mexicano incurra en responsabilidades internacionales.

En diversos instrumentos internacionales que México ha adoptado y que por tanto, son obligatorios, se encuentra previsto este principio, que de manera enunciativa y no limitativa vierto:

I. La **Convención Americana de Derechos Humanos** o “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969, en su **artículo 29: Normas de Interpretación**. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...”

II. El **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos** que en su **artículo 5.1.** dispone: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

III. El **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** o “Protocolo de San Salvador”, ratificada el 8 de marzo de 1996 que establece: “**Artículo 4. No Admisión de Restricciones.** No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

IV. El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)** en su **artículo 5.1.** dispone: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes,

convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

V. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión... Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad... Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”.

Asimismo en el artículo 30 -entre otros instrumentos internacionales- se afirma que: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

Como vemos, todos estos instrumentos aprobados y ratificados por nuestro país, y que por ende constituyen ya normas del sistema jurídico mexicano, en virtud del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de su interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son ley suprema de la Unión. Sin embargo, esta interpretación es poco progresista al subordinar expresamente los tratados internacionales a la Constitución de forma incondicional, sin distinguir entre instrumentos internacionales sobre derechos humanos o de derecho internacional privado, por citar un ejemplo. Y de acuerdo con Seara Vázquez, “cuando los tratados no se pueden aplicar en el orden interno por ser contrarios a la constitución, esta situación es irrelevante para el derecho internacional, y el estado es responsable por la no aplicación de esa obligación internacional”. Y atentos a Antonio Cancado “la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella norma de derecho internacional o de derecho interno. (Ambas) interactúan en beneficio de los seres protegidos”.

Por otra parte, derivado de un estudio de derecho comparado de varios países latinoamericanos, podremos apreciar a continuación, que algunos de ellos cuentan con fórmulas innovadoras y acordes a los parámetros internacionales en materia de derechos humanos, al adoptar como un bloque

integral a la Constitución, los tratados internacionales y las leyes federales, mismos que son complementarios unos de otros, y en caso de contradicción entre ellos, la norma suprema es la que brinda mayor protección a los derechos humanos. Si bien, en muchos países sus tratados tienen jerarquía infraconstitucional y supralegal como en el caso mexicano, hay casos especiales en los que esta situación no ha impedido que los juzgadores basados en los instrumentos internacionales adoptados o ratificados por el Estado, los apliquen para reconocerles su primacía y superioridad respecto de la misma Constitución en aras de respetar y garantizar los derechos humanos, inclusive fundando y motivando sus resoluciones basados en las decisiones y opiniones de organismos internacionales protectores de los derechos de las personas.

Y siguiendo al Dr. Jorge Ulises Carmona Tinoco es importante mencionar que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos cuentan con “ciertas especificidades que vienen dadas por el carácter de instrumentos de protección de tales derechos a favor de los individuos”, criterio que ha sido sostenido por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en las opiniones consultivas OC-1/82, dentro de su párrafo 24 y en la OC-2/82, en el párrafo 29, de donde se desprende que los Estados tienen la obligación de respetar los tratados internacionales de derechos humanos y proteger a cualquier individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.⁷⁸

Al efecto, nuestro máximo tribunal establece en relación al principio aludido que: **PRINCIPIO PRO PERSONA O PRO HOMINE. FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN DESEMPEÑAR SUS ATRIBUCIONES Y FACULTADES A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.**

Si bien la reforma indicada implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio pro persona o pro homine-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y

⁷⁸ Bahena-Villalobos Alma Rosa: (2012). “*Principio Propersona*”. Universidad Latina de América. Ius Revista Jurídica. Vol. XXI. pp. 2,3.

legales que rigen su función jurisdiccional -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.

Amparo directo en revisión 1131/2012. Anastacio Zaragoza Rojas y otro. 5 de septiembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Juan José Ruiz Carreón.

3.6. Contradicción de Tesis 293/2011 resuelta por el Pleno de la S.C.J.N.

Desafortunadamente para la aplicación del *Principio Pro Persona*, la mayoría de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (10) en la discusión en sesiones públicas celebradas los días 27 y 29 de agosto, que concluyó el día 2 de septiembre del año dos mil trece, aprobaron la Contradicción de Tesis 293/2011, cuya controversia radica en la jerarquización de los derechos humanos de fuente constitucional e internacional.

El Ministro Ponente Arturo Zaldivar Lelo de la Rea, en aras de lograr un consenso decidió modificar su proyecto original y para lograr la aprobación de la mayoría de los Ministros de la S.C.J.N. decidió adoptar el criterio conservador de supremacía constitucional, con lo cual se estableció que cuando exista alguna restricción expresa a un derecho fundamental en la Constitución, a que estar a lo que dice dicho texto; interpretación que deja implícitamente sin efecto la posible aplicación del Principio Pro Persona cuando haya una interpretación más amplia y favorable de algún derecho humano reconocido en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

A continuación reproduzco las dos tesis jurisprudenciales derivadas de la Contradicción de Tesis 293/2011 resuelta por el Pleno de la S.C.J.N.

Época: Décima Época

Registro: 2006224

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 25 de abril de 2014 09:32 h

Materia(s): (Constitucional)

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge

Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO." y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 09:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época
Registro: 2006225
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Publicación: viernes 25 de abril de 2014 09:32 h
Materia(s): (Común)
Tesis: P./J. 21/2014 (10a.)

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de seis votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza; votaron en contra: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, quien reconoció que las sentencias que condenan al Estado Mexicano sí son

vinculantes y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO." y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 21/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 09:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

3.7 Criterios Jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la Prueba Ilícita (Localización geográfica de dispositivos electrónicos)

En medio de una lucha global entre la procuración de justicia, la seguridad nacional y el derecho a la privacidad, en México se discuten los detalles de la 'Ley de Geolocalización' que no es más que utilizar nuevas herramientas para atacar viejos problemas pero, ¿cuáles son las implicaciones de dicha ley?

Por geolocalización debemos entender que los teléfonos móviles pueden ser técnicamente ubicados en un mapa ya sea por el GPS (sistema de posicionamiento global por sus siglas en inglés) o por la ubicación física de la célula que le provee el servicio al dispositivo móvil. Por su parte, esta 'ley', que cabe aclarar que no es una ley en sí misma, es básicamente la reforma de adición realizada en abril de 2012 al Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 133 Quáter, expresa lo siguiente:

“Tratándose de investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas, el Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, solicitarán por simple oficio o medios electrónicos a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados.

De todas las solicitudes, la autoridad dejará constancia en autos y las mantendrá en sigilo. En ningún caso podrá desentenderse la solicitud y toda omisión imputable al concesionario o permisionarios, será sancionada en términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal.

Se castigará a la autoridad investigadora que utilice los datos e información obtenidos como resultado de localización geográfica de equipos de comunicación móvil para fines distintos a los señalados en este artículo, en términos de lo establecido en la fracción IV del artículo 214 del Código Penal Federal.”⁷⁹

El pleno de la Corte declaró constitucional y válida la facultad de los procuradores para solicitar a las empresas de telefonía celular la localización y sin orden judicial, de equipos móviles.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) declaró constitucional y válida la facultad de los procuradores del país para solicitar a las empresas de telefonía celular la localización, en

⁷⁹ Mendez-José Carlos: “Ley de Geolocalización: ¿persecución vs seguridad?” obtenido del link <http://www.unocero.com/2014/01/21/ley-de-geolocalizacion-persecucion-vs-seguridad/> el día 16 de junio 2014 a las 16:37hrs.

tiempo real y **sin orden judicial**, de equipos de comunicación móviles relacionados con hechos delictivos de alto impacto.

Sin embargo, **el fallo del tribunal constitucional votado estableció límites** a la atribución de los agentes del ministerio público ya que deberán dejar constancia de dicha solicitud en el expediente de la averiguación previa y motivar el requerimiento sólo en casos de extrema urgencia.

Es decir, cuando **esté en riesgo la vida o la integridad física de una persona**, cuando pueda ocultarse o desaparecer el objeto de la investigación y siempre que se trate de delitos como secuestro, amenazas, crimen organizado, delitos contra la salud o una extorsión.

Además, en la solicitud que se formule a los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones se deberá exponer mínimamente las razones del caso y el riesgo de que la geolocalización no se lleva a cabo en el momento requerido.

La declaratoria a favor de los preceptos 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales sumó ocho votos, por lo que se declaró infundada la acción de inconstitucionalidad 32/2012 interpuesta por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos al estimar ambos preceptos violatorios del derecho a la privacidad.

Los ministros José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero y Sergio Valls Hernández **ratificaron su oposición al proyecto presentado por Luna Ramos**, a pesar de haber incluido el acotamiento a las atribuciones de los procuradores del país, tanto locales como el general de la república.

De hecho, el ministro Valls consideró que no existe garantía de que no haya un abuso en el ejercicio de esta atribución al momento de que se aplique. A su juicio, dijo, "es un acto de buena fe" de que no va haber violaciones al derecho a la privacidad.

Por su parte, el ministro Sergio Armando Valls Hernández, uno de los tres que votaron en contra de la propuesta aprobada, expuso que "la única forma de garantizar que no haya un exceso o un uso indebido por parte de la autoridad investigadora y de ahí proteger los derechos humanos ante medidas como las que ahora se impugna, es mediante la previa autorización judicial, como contrapeso institucional de la función investigadora que realizan las procuradurías de justicia"⁸⁰

⁸⁰ Nota periodística de fecha 17 enero 2014 del periódico Excelsior. "SCJN Declara Constitucional la Geolocalización". obtenida del sitio web <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/01/17/938661> el día 28 de marzo 2014 a las 23:45 hrs

La Ley de Geolocalización que se discute en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha puesto a prueba a los ministros del máximo tribunal, pues si bien la mayoría apunta a avalar la constitucionalidad de la ley, también han expresado su preocupación por las posibles violaciones a los derechos humanos derivadas de la mala aplicación de estas normas.

Te presentamos seis puntos a favor y seis en contra que los propios ministros han expresado a lo largo de esta discusión de dos días que llevan sesionando.

A favor

1.- Se localizarán los celulares, no las personas

Se plantea la ubicación en tiempo real de los equipos móviles, no del usuario, pues para ampliar la investigación hacia un individuo se requiere de una orden judicial.

2.- Su uso quedará restringido a casos de delitos graves

Los ministerios públicos sólo pueden usar la geolocalización en investigaciones de secuestros, extorsión, amenazas o delitos contra la salud.

3.- La solicitud tendrá que hacerse de forma explícita

La PGR deberá requerir por escrito o vía electrónica al operador de telefonía móvil la petición para localizar un aparato.

4.- Habrá inmediatez en la intervención

La ley agiliza el proceso para localizar un aparato telefónico, con lo que se apoya a los ministerios no sólo en la investigación, sino en el rescate de una víctima de secuestro.

5.- El orden público pesa más que el derecho a la privacidad

Aunque existe la posibilidad de violar la intimidad y la vida privada de un sujeto, por las condiciones de violencia en el país, se le debe permitir a la PGR hacerse de mejores herramientas para realizar su trabajo.

6.- El avance tecnológico

La geolocalización es una herramienta tecnológica más como las cámaras de vigilancia en calles y establecimientos que hoy permiten investigar un delito.

En contra

1.- Sin control judicial previo

Quienes se oponen a su aplicación, aseguran que la geolocalización debería aplicarse sólo con la autorización de un juez, porque permitiría un mayor control de este sistema. Actualmente la ley prevé que la PGR no requiera de la autorización de un juez, pues sólo deberá dar aviso por escrito o vía electrónica a las empresas.

2.- La persona detrás del celular

Algunos ministros se resisten a dar su aprobación a la Ley por considerar que la identificación de un teléfono móvil necesariamente implica la ubicación de una persona y, en consecuencia, de una invasión a su vida privada.

3.- La discrecionalidad de la PGR

En contra de la aprobación a la ley, los ministros argumentan que los ministerios públicos pueden abusar de esta herramienta, como ha sucedido con otras medidas como el cateo y la intervención telefónica.

4.- Sin restricción de tiempo

La ley no prevé controles sobre el tiempo en que se pueda registrar la ubicación de un aparato.

5.- En contra de la reforma en telecomunicaciones

La ley de geolocalización va en contra de la reciente reforma constitucional en telecomunicaciones, pues en el artículo sexto de la Carta Magna, fracción, apartado B se establece que éstos son servicios públicos, que deben prestarse sin injerencia arbitraria, aseguran los que se oponen a su aprobación.

6.- Los datos del celular son personales

Las "líneas" telefónicas llevan aparejadas información como el IMEI o la *sim card*, que contienen información como el número, además los contratos de las líneas contienen otros datos como fecha de nacimiento, correo electrónico o direcciones.⁸¹

La Comisión Nacional de Derechos Humanos en su demanda de acción de inconstitucional argumentó que: **Se prevé la localización en tiempo real de equipos de telefonía móvil durante la investigación, sin especificar cuáles delitos ni las medidas que deberán tomarse al momento de ejecutarse, lo que se traduce en una afectación directa al derecho a la privacidad de las personas y una desprotección a sus datos personales (artículo 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales)**

El texto contenido en la disposición legal aludida es contraria a los derechos humanos a la libertad personal, a la libertad de tránsito, a la audiencia previa, al debido proceso, a la seguridad jurídica, a la privacidad o vida privada, a la integridad personal, a la protección de datos personales, a la presunción de inocencia, de no injerencias arbitrarias, de no restricción de garantías, salvo por previsiones constitucionales, así como de los principios pro persona, de legalidad, de certeza jurídica, de taxatividad, de plenitud hermética, de exacta aplicación de la ley penal, de proporcionalidad de las medidas de apremio, de equidad procesal, de subordinación jerárquica a la Ley Suprema de la Unión.

Esta acción de inconstitucionalidad fue radicada bajo el número 32/2012 y resuelta el dieciséis de enero de este año y, entre otras cosas, ese Alto Tribunal llegó a las siguientes conclusiones al resolver la referida acción de inconstitucionalidad:

⁸¹ Sigler Edgar: "12 Claves de la Ley de Geolocalización"; obtenido del sitio web <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2014/01/13/las-12-claves-sobre-la-geolocalizacion> el día 18 de junio 2014 a las 18:27 hrs.

El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró constitucional y válida la facultad del Procurador para solicitar a las empresas de telefonía celular la localización, en tiempo real y sin orden judicial, de equipos de comunicación móviles relacionados con hechos delictivos de alto impacto.

Sin embargo, el tribunal constitucional estableció límites a la atribución de los agentes del ministerio público ya que deberán dejar constancia de dicha solicitud en el expediente de la averiguación previa y motivar el requerimiento sólo en casos de extrema urgencia.

Es decir, cuando esté en riesgo la vida o la integridad física de una persona, cuando pueda ocultarse o desaparecer el objeto de la investigación y siempre que se trate de delitos como secuestro, amenazas, crimen organizado, delitos contra la salud o una extorsión.

Además, en la solicitud que se formule a los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones se deberá exponer mínimamente las razones del caso y el riesgo de que la geolocalización no se lleva a cabo en el momento requerido.

En términos similares fue incluido el artículo 303, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece que cuando exista denuncia o querrela, y bajo su más estricta responsabilidad, el Procurador, o el servidor público en quien delegue la facultad, solicitará a los concesionarios o permisionarios o comercializadoras vía satélite, la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con los hechos que se investigan en términos de las disposiciones aplicables.

De la lectura del referido artículo, se pone en relieve que se otorgaron a los Procuradores, facultades ilimitadas y discrecionales para que los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones, colaboren en tiempo real, para la localización geográfica, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, relacionados con cualquier tipo de delitos.

Tal precepto es inconstitucional, al dejar en manos de la autoridad encargada de la persecución del delito, una herramienta que por su naturaleza transgrede el derecho a la privacidad, sin respetar las garantías de legalidad y seguridad jurídica; garantías que se encuentran consagradas en el artículo 16 constitucional que establece la protección de las personas respecto de injerencias externas en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, y también establece por extensión, la protección de datos personales.

Esos derechos, también se encuentran reconocidos y protegidos por el marco jurídico internacional y se hallan tanto en la Convención Americana de

Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen la protección de la integridad física y moral como pilares fundamentales de la dignidad humana.

Se afirma lo anterior porque la permisión otorgada en la norma combatida, a la Procuraduría General de la República y a las Procuradurías de las entidades federativas, no cumple con los requisitos constitucionales especificados en el artículo 16 del pacto federal, pues dicha medida procede sin que se le imponga como requisito fundar y motivar la causa legal, mediante mandamiento por escrito de autoridad con competencia legal.

De tal suerte que el Procurador o el servidor público en quien se delegue la facultad, se encuentran autorizados, sin límites, para ordenar la localización geográfica de un aparato, en tiempo real, lo que implica una injerencia arbitraria al constituir un registro exhaustivo y preciso de los movimientos y la localización de equipos de comunicación móvil, que forman parte de las posesiones de una persona, pero además de manera indirecta una fuente de información privada que refleja importantes detalles sobre su vida personal y familiar.

Como ya se dijo, de la simple lectura del precepto cuestionado se advierte que la medida es violatoria de las garantías de legalidad y seguridad jurídica, al no respetar el derecho de las personas a que, ellas mismas, su familia, domicilio, papeles, bienes, posesiones y derechos queden a salvo de indagaciones y aprehensiones arbitrarias, porque para su procedencia no se exige que medie mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal, como expresamente lo ordena la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el primer párrafo del artículo 16.

Con lo cual, debe insistirse, se ven quebrantadas las garantías invocadas, cuando el Estado viola la expectativa razonable de privacidad con que cuenta una persona, haciendo uso de una herramienta susceptible de abusos y arbitrariedades, sin que siquiera se imponga los requisitos constitucionales que caracterizan a los actos de molestia.

Es menester precisar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos distingue y regula los actos de molestia, en el citado artículo 16, en el que se pueden advertir las siguientes particularidades:

1. Constituyen una afectación a la esfera jurídica del gobernado.
2. Restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos.
3. Se autorizan, siempre y cuando preceda:
 - a. Mandamiento escrito
 - b. Emitido por una autoridad con competencia legal para ello,
 - c. Se funde y motive la causa legal del

procedimiento.

Dichas particularidades fueron reconocidas por el Pleno de este Alto Tribunal, en el criterio que en seguida se cita:

Tesis de jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo IV, Julio de 1996, bajo el número de Tesis: P./J. 40/96, Novena Época, Materia Común, página 5, del rubro y texto siguientes:

”ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de Manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.”

En contraste, la norma combatida no acata tal mandamiento constitucional porque el numeral 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su primer párrafo, que en todo acto de molestia debe mediar orden por escrito, por autoridad competente, fundada y motivada; en cambio, en la geolocalización no se exige ninguno de los anteriores elementos y únicamente se señala la solicitud del Procurador como requisito de procedencia.

En un análisis somero de la traslación de dichas exigencias constitucionales al caso concreto, se debe tomar en cuenta, lo siguiente: Orden por escrito. El mandamiento por escrito, debe prevalecer como un requisito constitucional de la medida cuestionada porque las procuradurías deben acreditar, en cada caso, su necesidad.

Al contrario, el combatido artículo 303 del nuevo ordenamiento, otorga facultades a los procuradores para solicitar a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones, la localización geográfica en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados con cualquier investigación; sin que se exija que deba quedar constancia en autos, ni requiera de manera expresa que tal solicitud deba obrar por escrito, a fin de que quede constancia de su utilización.

Autoridad competente. Para tal medida, debió exigirse que sea sólo un juez, el que previa solicitud escrita de la autoridad investigadora, fundada y motivada pueda autorizar la localización de un equipo móvil, para que de esa manera pudiera sujetarse a control y vigilancia su empleo.

El control judicial es la única forma de poner un contrapeso constitucional a la facultad otorgada, con la que se limiten injerencias arbitrarias en la esfera jurídica de los gobernados.

Esta forma, es decir por orden de una autoridad judicial, fundada y motivada es el única manera válida de permitir que el derecho a la privacidad de una persona sea disminuida, al estar autorizada y supervisada su debida aplicación por un juez que incluso pueda revocarla en un tiempo determinado.

Fundamentación. La facultad otorgada a los Procuradores no encuentra sustento en el orden jurídico constitucional, por lo tanto resulta inválida, dado que no puede encontrarse dentro del conjunto de nuestra Norma Fundamental, alguna que permita una medida como la impugnada.

Razón que permite concluir que no se puede aceptar una intromisión en la vida privada de las personas, como la que se establece en el artículo impugnado, sin que exista un fundamento expreso en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Motivación. La motivación consiste en la expresión de las razones particulares o causas especiales por las que la autoridad estima que el acto de molestia encuadra dentro de un supuesto normativo, según ha sostenido la Suprema Corte, y en el texto del precepto que se combate no encuentra una razón válida constitucionalmente para implementar una medida tan vejatoria del derecho de privacidad.

Al mismo tiempo la motivación, para la mediada especificada, debe consistir en detallar pormenorizadamente, entre otros, los datos relativos a las cuestiones de modo, tiempo y lugar de un determinado objeto móvil, hechos u omisiones conocidos por el Ministerio Público, durante el desarrollo de una investigación criminal.

Si bien es cierto, la medida pudiera resultar necesaria, frente a la situación delictiva que se vive en nuestro país, ello no exime del hecho que conforme a nuestro marco constitucional y convencional, toda actuación de la autoridad ministerial que tenga o pueda tener alguna injerencia en los derechos humanos, como en la especie, sobre la intimidad y la vida privada, debe necesariamente estar garantizada en su uso correcto, lejos de toda arbitrariedad a través del contrapeso o control de la autoridad judicial y de los requisitos constitucionales exigidos para tal caso. Pues al actuar sin un contrapeso judicial no estará garantizado de ningún modo el uso debido de la medida en cuestión.

Debe ser sólo un juez, el que previa solicitud escrita de la autoridad investigadora, fundada y motivada autorice la localización de un equipo móvil, esto no sólo porque las procuradurías deben acreditar, en todo caso, la necesidad de la medida, sino porque además sólo de esa manera se sujetaría a vigilancia y a control de juez el uso que se le dé o que se le esté dando.

II. El artículo 303 del ordenamiento en cita, otorga facultades a la Procuraduría General de la República, y a las procuradurías locales para solicitar a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica del tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados con cualquier investigación; sin que siquiera se exija que deba quedar constancia en autos y guardarse sigilo de la información que por tales medios se obtenga.

Como se ha venido sosteniendo, el artículo 16 constitucional establece que las comunicaciones son inviolables, y que sólo mediante una orden judicial se pueden intervenir si se satisfacen ciertas condiciones, y de ese mismo modo, por extensión, también sucede así para las inspecciones de lugares, objetos, o personas; por lo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos acuerda distintos niveles de protección de privacidad legítima de las personas.

Sin embargo el resto de posibilidades de intrusiones, cualesquiera que sean su naturaleza, si se encuentran fuera de ese contexto, deben

determinarse caso por caso para evitar injerencias arbitrarias e injustificadas; lo que solo puede suceder mediante autorización judicial y a través del cumplimiento de requisitos que acrediten la necesidad, idoneidad y proporcionalidad; por eso es que se vuelve imprescindible la exigencia de una orden judicial previa a la intervención de los Procuradores en la vida privada de las personas por el referido acto de molestia.

Del análisis del texto constitucional, se advierte la existencia de una preocupación de proteger la privacidad, que se manifiesta también en normas convencionales de las que el Estado Mexicano es parte, que a partir de la reforma de diez de julio de dos mil once, han quedado integradas al orden jurídico nacional, las que señalan una tendencia por tutelar un ámbito de privacidad e intimidad que el Estado debe garantizar.

En ese sentido la medida no encuentra sustento en el orden jurídico constitucional, por lo tanto resulta inválida, pues no puede encontrarse dentro del conjunto normativo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos concentra, disposición alguna que permita una medida como la impugnada, menos aun cuando no se exigen los requisitos mínimos de un acto de molestia o sin establecer su uso como un caso de excepción para ciertos delitos determinados.

No hay lugar a dudas que la facultad genérica de investigación de delitos, se encuentra en el artículo 21 constitucional, pero también es cierto que esta facultad no puede justificar irrumpir en el ámbito de derechos del individuo de forma arbitraria con una medida como es la geolocalización, sin que exista supuesto expreso en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como si sucede en el caso de arraigos, cateos o en la intervención de comunicaciones privadas, que se encuentran reguladas en los párrafos ocho, once y trece del artículo 16 constitucional, los cuales después son reglamentados en la legislación secundaria ordinaria.

Pero en todos estos casos, que sin duda alguna son medidas asumidas por el legislador como indispensables para la persecución de los delitos, por existir una afectación en el ejercicio de los derechos humanos de los gobernados que las resienten, dichos supuestos se encuentran contemplados a nivel constitucional.

Entonces resultaría inválido alegar el establecimiento de tal disposición como una herramienta del Ministerio Público para cumplir con la labor encomendada en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ese hecho no la constituye, de antemano, como un acto de origen constitucional, mucho menos cuando la misma no está ni siquiera restringida ni limitada, en las circunstancias en que se puede hacer uso, en las materias y delitos precisos, sino que deja su uso de manera libre y

al arbitrio de los Procuradores, o el servidor público a quien deleguen dicha facultad.

En paralelo este Alto Tribunal ha admitido casos en que pueden realizarse acciones de investigación, de manera concreta tratándose de la revisión de información en teléfonos celulares asegurados.

Empero en este segundo tipo de casos, en los que no existe facultamiento constitucional expreso, se determinó que deben mantener como condición mínima y fundamental las mismas salvaguardas que para los supuestos expresamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese criterio se expresó que, por extensión de la protección del derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, debe protegerse los supuestos de datos almacenados en el teléfono móvil asegurado a una persona detenida o sujeta a investigación por la posible comisión de un delito, sosteniendo que el teléfono únicamente podía ser objeto de revisión por el Ministerio Público, siempre que previamente se contara con autorización judicial.

La jurisprudencia en cita de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, de febrero de dos mil trece, tomo uno, con el número de Tesis: 1a./J. 115/2012 (10a.), Décima Época, Materia Constitucional, página cuatrocientos treinta y uno:

“DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO.

En términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para intervenir una comunicación privada se requiere autorización exclusiva de la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, por lo que todas las formas existentes de comunicación y las que son fruto de la evolución tecnológica deben protegerse por el derecho fundamental a su inviolabilidad, como sucede con el teléfono móvil en el que se guarda información clasificada como privada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de ahí que el ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se extiende a los datos almacenados en tal dispositivo, ya sea en forma de texto, audio, imagen o video. Por lo anterior, no existe razón para restringir ese derecho a cualquier persona por la sola circunstancia de haber sido detenida y estar sujeta a investigación por la posible comisión de un delito, de manera que si la autoridad encargada de la investigación, al detenerla, advierte que trae consigo un teléfono móvil, está facultada para decretar su aseguramiento y

solicitar a la autoridad judicial la intervención de las comunicaciones privadas conforme al citado artículo 16 constitucional; sin embargo, si se realiza esa actividad sin autorización judicial, cualquier prueba que se extraiga, o bien, la que derive de ésta, será considerada como ilícita y no tendrá valor jurídico alguno.”

Lo anterior debe llevar a considerar que todo acto que pueda considerarse por extensión como atentatorio del derecho de inviolabilidad de comunicaciones, o del respeto a la información personal que innegablemente dichos dispositivos móviles contienen, debe cumplir con las dos hipótesis siguientes:

A. Para su validez debe tener como requisito mínimo un sustento constitucional para su procedencia, o

B. Al no poder ser considerada una extensión de las figuras ya existentes, como el cateo o la intervención de comunicaciones, por tener una naturaleza sui generis, debe estar sometida a un control judicial previo.

Esto es porque esta nueva facultad concedida a los Procuradores, no se encuentra expresamente establecida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y no es dable considerarla una posible extensión de las medidas que permiten la invasión de la privacidad ya existente en la Norma Fundamental (cateo o intervención de comunicaciones).

En consecuencia no puede considerarse constitucional la geolocalización si no está establecida expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y si la misma no cuenta con un mínimo control judicial ni de las exigencias mínimas de los actos de molestia, a fin de evitar su uso indiscriminado por parte de la autoridad persecutora.

En esta nueva figura jurídica no se puede encontrar, una razón de justificación para que el Congreso de la Unión en su papel de legislador ordinario la imponga en el Código Nacional de Procedimientos Penales, como una norma ordinaria, pues esta herramienta otorgada a los Procuradores, va más allá del propio sistema de derechos y facultades que el texto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce, así como de los casos de restricción, incluso rebasando su contenido.

Ni aun cuando se alegue las condiciones sociales y políticas, y en particular, la seguridad del Estado Mexicano y su combate a la delincuencia, como un factor determinante para la imposición de tal medida se puede eximir de que la misma tenga sustento constitucional, o al menos esté sujeta al control judicial o como una caso de excepción para ciertos delitos.

Aunado a lo anterior hay que resaltar la falta de idoneidad de la medida, al no haber una relación proporcional entre el fin perseguido por la norma, y la medida ejecutada pues resulta del todo lesiva a la intimidad de la persona, cuando si bien es cierto, aun no se conoce la identidad del buscado, y pueda

pretextarse la búsqueda de un objeto, la disposición atenta contra la certeza jurídica al permitir averiguar la localización del dispositivo móvil de alguien, sin que se cumplan con requisitos mínimos constitucionales de los actos de molestia, y permitiendo su uso en cualquier investigación sin que esté restringido su uso a delitos precisos.

Tampoco la medida superaría el análisis de necesidad, pues resulta invasiva de la esfera jurídica de cualquier gobernado, al ordenarse la localización en un objeto suyo, como son los dispositivos móviles, sin que se cumplan con las exigencias constitucionales mínimas que ordena la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por tanto también resulta lesiva del derecho a la intimidad, al exponerse los datos más inherentes a las personas, sin una justificación válida.

Razón que permite concluir que no se puede aceptar una intromisión en la vida privada de las personas, como la que se establece en el artículo impugnado, sin que exista un fundamento expreso en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III. El artículo 303 del Código Nacional de Procedimientos Penales resulta violatorio de la obligación del Estado, que deriva del artículo 6º, apartado A, fracción II, que establece la protección de datos personales; así como de la fracción II, del apartado B, del mismo artículo, que establece la obligación del Estado de que el servicio de telecomunicaciones sea prestado sin injerencias arbitrarias de autoridad y de respetar las comunicaciones de las personas. Además de que atenta contra los más altos estándares internacionales al no estar prevista como una medida de excepción para delitos de alto impacto contra la paz y seguridad sociales.

Existen dos obligaciones de protección dirigidas al Estado, que derivan del artículo 6 del texto fundamental, la del apartado A, fracción II, que establece la protección de datos personales; así como de la fracción II, del apartado B, que establece la obligación del Estado de prestar el servicio de telecomunicaciones sin injerencias arbitrarias.

Por ende, el contenido normativo que prevalece en la norma que se combate podría vulnerar, no sólo la seguridad jurídica, que se traduciría en una injerencia arbitraria, sino también violentar a la información privada de las personas, tomando en consideración que en los contratos de prestación de servicios que los concesionarios celebran con sus usuarios; aparece muy diversa información, por ejemplo del equipo celular; marca, modelo, número; y datos de facturación, tales como: nombre o razón social, registro federal de contribuyentes, fecha de nacimiento, usuario, referencia personal o contacto de pago, correo electrónico y teléfono particular; información que sin duda se encuentra protegida por el artículo 6, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual genera una primera vertiente de inconstitucionalidad al no considerar esa protección dirigida hacia la

información de los usuarios de equipos de telefonía móvil, por parte de los concesionarios y permisionarios del servicio público de telecomunicaciones.

Ante la norma impugnada, se hace patente salvaguardar dicha obligación como un derecho de los gobernados. Ello a la luz de un análisis que debe versar sobre la relación innegable que existe entre una persona que contrata el servicio de telecomunicaciones, o sea el cliente o el usuario con el dispositivo móvil, así como con el número de línea que se le ha asignado; consecuentemente, resultaría falso sostener que las normas únicamente van a involucradas a la localización de objetos en una investigación.

Ahora bien, la herramienta de investigación que se cuestiona es una medida que incide potencialmente en la vida privada de una persona, cuando terceros tienen acceso a datos concretos de ella que permiten identificarle, en este caso un dato de localización en tiempo real a través de un equipo de comunicación móvil, sin su consentimiento, tal acto puede llevar a que el derecho a la vida privada sea vulnerado pues es posible cruzar datos con el propósito de conocer la ubicación aproximada de una persona concreta, y además conocer una serie de información personal adicional.⁸²

⁸² "Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Comisión de los Derechos Humanos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación"; consultada el 18 de febrero 2014 a las 10:30hrs tomada del sitio web http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/CorteInteramericana/accion_20_2014.pdf, pp. 164-180.

Capítulo IV Caso Mexicano.

4.1 Inclusión del Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita en el Sistema Procesal del Estado de Puebla

La inclusión del principio de **exclusión** de la prueba ilícita en el Estado de Puebla tiene un origen constitucional, a propósito de la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública realizada en el año 2008 en nuestro país.

La reforma constitucional en comento constó sobre la dictaminación de 10 iniciativas presentadas en el cámara de diputados de la LX legislatura del país, de las cuales solo tres iniciativas propusieron únicamente la inclusión del principio nulidad de la prueba ilícita para ser consideradas dentro de la reforma constitucional.

La primera iniciativa fue presentada de manera conjunta ante la cámara de diputados por los partidos: Revolucionario Institucional, Acción Nacional, Revolución Democrática y Verde Ecologista, en ella, proponen la inclusión del principio como un derecho del imputado en el artículo 20 apartado A fracción IV, aduciendo en la exposición de motivos:

“En la fracción IV se propone también incorporar el conocido principio de la nulidad de la prueba ilícita. Tal principio consiste en impedir que una prueba obtenida ilícitamente sea presentada en juicio y tomada en cuenta en la sentencia. Se trata de un principio reconocido en un número importante de legislaciones de otros países; su propósito es evitar que una violación legal para obtener una prueba pueda tener como resultado mediato la condena de una persona. Este principio es especialmente importante para evitar la tentación de que las autoridades policíacas y ministeriales "presionen" a las personas detenidas, las arresten sin tener una orden judicial, intervengan sus comunicaciones o entren en sus domicilios fuera de los supuestos constitucionalmente previstos”.

Se propone que la redacción al texto constitucional diga de la siguiente manera: fracción

IV..... Cualquier prueba obtenida con violación de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales que sea presentada ante un juez será nula.

Como podemos advertir en este texto no se hace referencia a las excepciones de la regla de exclusión en estudio.

La segunda iniciativa fue presentada de igual manera de manera conjunta por los partidos de la revolución Democrática, del Trabajo y

Convergencia ante la cámara de la LX legislatura de diputados del país, en ella, proponen la inclusión del principio de exclusión de la prueba ilícita como un derecho del imputado en el artículo 20 apartado A fracción VII, estableciendo lo siguiente:

“La fracción VII eleva a rango constitucional la nulidad de la prueba ilícita, lo que, limitadamente, ha ido ganando terreno en los ámbitos legislativo y judicial. Lo que viene a hacer este precepto es incentivar el respeto a los derechos de los imputados por parte de las autoridades que intervienen en la investigación y acusación del delito. Los amplios efectos invalidatorios que la norma constitucional atribuye a las pruebas ilícitas, o al juicio en su conjunto, favorecerán asimismo la capacidad investigativa de la policía y ministerio público, y por ende, la confianza de la población en ellos”.

La redacción propuesta que se hace del texto es la siguiente: Fracción VII **Son nulas las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales.**

Tampoco se hace alusión alguna respecto a las excepciones de la regla de exclusión en estudio de texto antes mencionado.

Por último, la tercera iniciativa, fue presentada de manera individual por el partido de la Revolución Democrática ante la cámara de diputados, proponiendo la inclusión del principio de nulidad como un derecho del imputado en la fracción VIII del apartado A del artículo 20 Constitucional que a la letra dice:

VIIILas pruebas obtenidas por una acción ilegal de la autoridad carecerán de todo valor probatorio.

De nueva cuenta no se hace alusión alguna respecto a las excepciones de la regla de exclusión en estudio del texto antes mencionado.

Así las cosas, y continuando con el curso del proceso legislativo la cámara de diputados al valorar las diez iniciativas que le fueron presentadas emitió un dictamen de fecha 12 dic 2007, mismo que en su primera lectura primera vuelta recogió de las tres iniciativas antes mencionadas el principio de exclusión de la prueba ilícita, como un principio general del proceso penal y no como derecho del imputado.

Este dictamen propone la inclusión del principio en el artículo 20 apartado A fracción IX de la Constitución, arguyendo: “La fracción IX se refiere a la cláusula de exclusión de prueba ilícitamente obtenida. La prohibición de prueba ilegal resulta fundamental para preservar la lealtad procesal de la policía y del ministerio público, así como para la profesionalización de la investigación.

La redacción que se eligió obedece a la necesidad de dimensionar adecuadamente esta figura procesal. Frente a otras alternativas que se encontraban en discusión se decidió adoptar aquella que refiere que será nula toda prueba que sea recabada con violación a derechos fundamentales, y no tan solo a violaciones legales. Ello es así porque algunas violaciones de dispositivos legales pueden ser saneados y corregidos en el curso del proceso, sin que ello se traduzca en la afectación de los derechos. Ampliar la exclusión de prueba a supuestos que no suponen indefensión o vulneración de otras garantías podría llegar a producir la repetición de actos procesales inútiles o la anulación de decisiones sobre la base de puros formalismos, lo cual puede afectar una efectiva procuración de justicia”.

En estas condiciones, la propuesta que se hizo al texto fue la siguiente:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A De los principios generales:

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula; y

De éste dictámen podemos advertir que de nueva cuenta no se hace alusión ni se contemplan las excepciones a la regla de exclusión probatoria.

Este dictámen emitido por la cámara de diputados fue turnado a la cámara de senadores quien actuó como una cámara revisora, el cual al valorar el mismo realizó diversas modificaciones respecto de distintos dispositivos legales del dictamen pero por lo que hace a la regla de exclusión de la prueba ilícita establecido en el artículo 20 Apartado A Fracción XIX Constitucional no realizó modificación alguna.

Así las cosas el 6 de marzo del año 2008, el congreso de la unión aprobó la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, incluyendo el Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita, establecida en el artículo 20 Apartado A Fracción XIX Constitucional y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de ese mismo año.⁸³

Ahora bien, la reforma trajo como condición necesaria la obligada transformación gradual de todos los códigos procesales penales de las entidades federativas dentro de los términos y plazos que la misma reforma

⁸³ Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo 18 de junio 2008); op. cit., pp. 9,15,24,40,57,66,88,95,37,38.

planteó que fueron de ocho años y mismos que fenecen el 18 de junio del año 2016.

Puebla nuestro Estado no fue la excepción ya que el día 21 de febrero del 2011 fue publicado en el periódico Oficial del Estado de Puebla un nuevo “Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla”⁸⁴ que entró en vigor el 15 de enero del 2013.

En dicho código procesal penal dentro del capítulo “Legalidad de la Prueba” se establece:

**ARTÍCULO 21 párrafo 2° No
tendrá valor la prueba obtenida mediante la
violación de los derechos fundamentales de
las personas.⁸⁵**

Del texto aludido no se advierte regulación alguna respecto de las excepciones a la regla de exclusión probatoria. Por cierto es de señalarse que este nuevo Código Procesal ya fue abrogado el 20 de mayo del 2014 precisamente por la entrada en vigor del Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales aprobado el 4 de marzo del 2014 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo del 2014 y cuya entrada en vigor se estipuló para el 21 de mayo del 2014.

Este **Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales** en sus artículos 97, 264 y 357 establece lo siguiente sobre todo en el artículo 264:

Artículo 264. Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el Juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.

De nueva cuenta no se hace referencia en el texto aludido sobre las excepciones a la regla de exclusión probatoria.

Como se advierte estamos ante un nuevo concepto jurídico introducido como principio general del nuevo sistema acusatorio adversarial, inédito, de

⁸⁴ *Decreto de fecha 21 de febrero del 2011 publicado en la Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado de Puebla*, tomada del Nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla. Ed. Mariángel. Puebla 2012.. pp. 1,2.

⁸⁵ “Nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla vigente” obtenida del sitio web http://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=23&Itemid=68 el día 29 de abril 2014 a las 21:39 hrs. p.19

origen norteamericano, protector de derechos fundamentales, que se erige como regla de garantía contra los actos arbitrarios de las autoridades que intervienen en la investigación y acusación del delito de ahí que se le vincule con la garantía del debido proceso, es decir, un debido proceso que no se sustente en violaciones al sistema.

Por lo que resulta necesario y obligado fomentar, divulgar y comprender su concepto, alcances y limitaciones. Responder a las interrogantes en cuanto a ¿qué es el principio de nulidad de la prueba ilícita? ¿Cuáles son sus efectos? ¿Cuáles son sus límites y consecuencias en el nuevo sistema jurídico penal de Puebla? ¿Existen excepciones al principio?.

4.2. Antecedentes (Caso Lydia Cacho vs Mario Marín)

La resolución de la mayoría de seis ministros de la Suprema Corte de Justicia en el caso “Lydia Cacho” que resolvió la Facultad de Investigación 2/2006 y en la que esencialmente resolvió que no habían existido violaciones graves a las garantías individuales de la periodista, no obstante que existía una grabación telefónica que con claridad evidenciaba que diversas autoridades del estado de Puebla se había asociado con intereses privados para perjudicar ilícitamente a Cacho, se resguardó desde un principio en el argumento de que no podían declarar la violación de garantías con base en una prueba ilícita, como se consideró a la grabación que había servido de base para que se solicitara la facultad de investigación.

Para valorar justamente esta resolución de la SCJN, entre otros aspectos, es indispensable examinar de qué manera ha sido tratada la prueba ilícita en los tribunales de otros países y, en particular, las excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

Me limitaré a señalar que el proyecto de dictamen que la segunda Comisión Investigadora presentó al Pleno de la SCJN y que se sometió a votación el 29 de noviembre de 2007, resolvió sobre dos puntos en particular: primero, por unanimidad se resolvió que la investigación realizada por la Comisión Investigadora era suficiente para que el pleno de la SCJN se pronunciara sobre la existencia o no de violaciones graves de garantías individuales. En segundo lugar y lo más importante, por mayoría de seis votos contra cuatro, la Corte resolvía que *no se probaba la existencia de violaciones graves* de las garantías individuales de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro, con motivo del proceso penal seguido en su contra. Además y antes de votar estos dos puntos, los ministros manifestaron que no era posible pronunciarse sobre la violación de los derechos de los menores, pues consideraron que la facultad de investigación solo debía versar sobre la posible violación de garantías individuales de Lydia Cacho.

En síntesis, podemos decir que los ministros de la mayoría consideraron que la conversación grabada entre el gobernador Mario Marín y el empresario Kamel Nacif era una prueba ilícita de imposible admisión o valoración, y no hicieron un análisis pormenorizado de la prueba ilícita ni de sus posibles excepciones. Considero que el examen de estas excepciones adquiriría importancia en la medida en que la prueba era rechazada⁸⁶.

El pleno de la SCJN dejó establecido que el tema fundamental en que se centraría la indagatoria consistía en la averiguación de la existencia o no de un posible concierto de autoridades de los Estados de Puebla y Quintana Roo, para violar derechos fundamentales de la periodista Lydia Cacho Ribeiro; y, en su caso, la existencia de hechos o situaciones diversos que pudieran constituir violaciones graves de garantías individuales que, con motivo de la investigación, se advirtieran directamente relacionados con ella.

En conclusión, el Tribunal Pleno estuvo en condiciones de pronunciarse únicamente sobre la existencia o no de violaciones graves de garantías individuales, dado que la investigación constitucional es suficiente para tales efectos, al cubrir con las pruebas reseñadas en este apartado y las restantes identificadas en los puntos anteriores, todos los aspectos que señaló el Tribunal Pleno en el mandato que otorgó a la Comisión Investigadora, a partir de la obtención de todos los medios probatorios a su alcance.

En consecuencia, para efectos del Dictamen, a continuación se elaboró el análisis del resultado de la investigación constitucional.

La grabación que se dio a conocer en los medios de comunicación masiva de la conversación atribuida al Gobernador del Estado de Puebla y al empresario Kamel Nacif, obtenida sin autorización judicial, sólo constituyó para la Comisión Investigadora una hipótesis graves a garantías individuales en términos del artículo 97, segundo párrafo, constitucional, a que se refiere el presente dictamen, como se advierte de las partes conducentes de dicha resolución.

Además, dicha grabación no podría tenerse en cuenta en términos de lo dispuesto en el artículo 16, párrafos noveno y décimo, constitucional, en los que se dispone:

“...Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad

⁸⁶ Ibarra-Palafox, Francisco: “El Caso Lydia Cacho en la SCJN y la Ponderación de la Prueba Ilícita”. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México D.F. 2010; obtenida del sitio web <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/cj/cj15.htm>. El día 21 de febrero del 2014 a las 12:35 hrs. pp. 251,252.

judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

El texto constitucional es claro en cuanto a los efectos que produce una prueba obtenida vulnerando el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, a saber, su carencia de valor probatorio. La ilicitud de la grabación obtenida mediante la intervención a una comunicación privada realizada sin autorización judicial o bien contando con dicha autorización, pero sin ajustarse a los requisitos y límites constitucional y legalmente establecidos, produce su ineficacia probatoria.

La ilicitud de la grabación obtenida mediante la intervención a una comunicación privada realizada sin autorización judicial o bien contando con dicha autorización, pero sin ajustarse a los requisitos y límites constitucional y legalmente establecidos, produce su ineficacia probatoria.

El derecho a la prueba, inserto en el derecho fundamental que consagra el artículo 17 constitucional de acceso efectivo a una justicia pronta, completa e imparcial, así como en las formalidades esenciales del procedimiento cuyo cumplimiento exige la garantía de defensa establecida en el numeral 14 de nuestra Constitución como condiciones para una verdadera impartición de justicia, no constituye un derecho ilimitado. Es lógico y natural que, en aras de un adecuado equilibrio procesal y de respeto a los principios procesales, se establezcan requisitos para la admisión o recepción de pruebas, resultando en este sentido aplicable la tesis P. CXXXII/97, de este Órgano Colegiado que lleva por rubro: "AUDIENCIA. EL CUMPLIMIENTO DE DICHA GARANTÍA POR EL LEGISLADOR NO IMPLICA LA POSIBILIDAD ILIMITADA DE PROBAR."

Así, el derecho a probar no puede ser considerado como ilimitado, ni siquiera en aquellos campos o materias en las que sea de importancia relevante la búsqueda y obtención de la verdad material por el interés público que se encuentre en juego. Las limitaciones al ejercicio del derecho probatorio implican sujetar al principio de legalidad la disciplina probatoria. La admisión y exclusión de los elementos probatorios se encuentran sujetas a reglas que garantizan la legalidad en la actividad jurisdiccional y ello incluye también la sujeción de la obtención de las pruebas en la investigación de los hechos a reglas claras, aunque esto pueda llegar a implicar algún tipo de sacrificio en cuanto a la búsqueda de la verdad material ante la consecuencia de no poder ser tomadas en cuenta las pruebas que se cataloguen de ilícitas, como lo serían aquellas obtenidas vulnerando derechos individuales fundamentales como el de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

“... el origen de la teoría de la prueba ilícita hay que buscarlo en el Derecho anglosajón en las postrimerías del siglo XIX. El Tribunal Supremo de los EE.UU. entendió implícita en la Cuarta y Quinta Enmienda de su Constitución la prohibición de utilizar en el proceso los medios probatorios obtenidos con vulneración de los derechos fundamentales (exclusionary rule). Esta teoría, paulatinamente, fue matizándose y extendiéndose hasta convertirse en patrimonio común de todos los ordenamientos jurídicos desarrollados.--- La teoría de la prueba ilícita parte de la siguiente idea-fuerza: la mejor garantía para proteger los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos radica, precisamente, en negar valor probatorio a aquellas pruebas que, ya sea en su obtención o en su práctica, hayan violentado dichos derechos fundamentales. Así el Estado (sus agentes de la autoridad) percibe con claridad la inutilidad de actuaciones de esa naturaleza, y de esta forma se incentiva el escrupuloso cumplimiento de las garantías procesales por parte de los investigadores. El ‘sacrificio’ que esta cortapisa supone para la búsqueda de la verdad material por parte del Estado compensa en aras de conseguir una más efectiva protección de los derechos fundamentales. En efecto, cuando se niega todo valor probatorio a los medios de prueba obtenidos ilícitamente se están ponderando dos valores en conflicto: la necesidad de aplicar el ius punendi del Estado, a través de la búsqueda de la verdad material de los hechos y castigar al responsable criminal, y la preservación eficaz de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la actuación investigadora del Estado. Y ante esta disyuntiva, se debe prescindir del castigo y, en su caso, absolver a los ‘culpables’, en los supuestos en que el Estado se ha extralimitado en sus funciones legales y ha vulnerado derechos fundamentales de las personas investigadas (por ejemplo, la obtención de una confesión bajo tortura, la interceptación de las comunicaciones postales y/o telefónicas sin previa habilitación judicial, la entrada en un domicilio sin la debida autorización del propietario o del juez, etc.)...”

En la actualidad, la teoría dominante en diversos países es la de que la ineficacia de las pruebas ilícitas por haber sido obtenidas vulnerando derechos

individuales fundamentales admite algunas excepciones, como son, los casos de suma gravedad, en los que se aplique el principio de proporcionalidad para lograr el equilibrio entre valores fundamentales contrastantes o conflictivos a fin de evitar que la ineficacia de la prueba produzca resultados desproporcionados, inusitados o repugnantes en atención a la gravedad de los hechos, así como en el proceso penal, cuando la prueba ilícitamente obtenida sea favorable al acusado, aunque hubiese sido recabada transgrediendo derechos fundamentales suyos o de terceros.

En el caso, la grabación que se dio a conocer en los medios de comunicación masiva de la conversación atribuida al Gobernador del Estado de Puebla y al empresario *****, obtenida sin autorización judicial, carece de todo valor probatorio, pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene disposición expresa en tal sentido tratándose de pruebas obtenidas vulnerando el derecho fundamental de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, ya sea por haberse realizado la intervención de la comunicación privada sin autorización judicial o porque la intervención autorizada no se ajuste a los requisitos y límites constitucionales y legales.

Es decir, se está ante una situación en la cual no cabe la aplicación de excepción alguna al principio de ineficacia de la prueba ilícita, pues la consecuencia de la ilicitud en la obtención de la prueba, cuando se vulnera el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, se encuentra establecida a rango constitucional; lo que sin duda significa que el Constituyente reformador lo determinó prevalente, en todo caso, sobre el derecho de defensa y de prueba, regla que aplica en toda su extensión al procedimiento indagatorio previsto en el artículo 97, segundo párrafo, constitucional, aunque no tenga el carácter de un procedimiento jurisdiccional, en tanto si bien no se encuentra sujeto al rigorismo propio de un proceso de tal naturaleza, sí lo está al respeto irrestricto de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Ley Fundamental.

Así, otorgarle valor a la conversación telefónica atribuida al Gobernador del Estado de Puebla, supondría establecer un criterio que propiciaría la instauración de un Estado policíaco e inquisitorial en perjuicio de todos los gobernados.

Este Tribunal Pleno considera pertinente añadir en torno a la grabación de la conversación telefónica atribuida al Gobernador del Estado de Puebla, que de ninguno de los elementos que obran en autos puede derivarse un reconocimiento expreso de esa autoridad sobre su autenticidad, esto es, sobre si fue él quien intervino en dicha conversación y el contenido de ésta.

En efecto, con independencia de la existencia o no de un reconocimiento por parte de Mario Marín respecto a la autenticidad de la conversación telefónica obtenida ilegalmente, que supuestamente sostuvo con el Gobernador

del Estado de Puebla, lo cierto es que aún partiendo de tal reconocimiento, de éste no podría derivarse una confesión por parte de dicho Gobernador, que es la que resultaría relevante para poder demostrar lo que en el caso interesa, que es la existencia de un concierto de autoridades para incurrir en una violación grave de garantías individuales en términos del artículo 97, segundo párrafo, constitucional, en perjuicio de la periodista Lidia Cacho Ribeiro, objeto de la presente investigación.

No puede sostenerse el valor de la grabación telefónica en análisis en la circunstancia de que el presunto interlocutor de la referida conversación, Kamel Nacif, haya manifestado en un desplegado periodístico, concretamente en el periódico “El Universal” el martes diecinueve de septiembre de dos mil seis, que la grabación obtenida a través de la intervención ilegal de las líneas telefónicas efectivamente correspondía a un intercambio de opiniones que tuvo con el Gobernador del Estado de Puebla, Mario Plutarco Marín Torres.

Lo anterior porque ese reconocimiento, en todo caso, sólo podría generar la convicción de que quien la formula se responsabiliza del contenido de la publicación, pero no puede vincular a persona diversa. Además, un desplegado periodístico de ninguna forma puede equipararse a una confesión, ni siquiera para quien paga la inserción en el diario, ya que no se trata de una manifestación rendida ante el Ministerio Público o la autoridad jurisdiccional, en términos de lo dispuesto en el artículo 20, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reza “...La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;” máxime que, como ya se destacó, aun cuando se hubiere hecho algún reconocimiento ante autoridad competente por dicha persona, el mismo sería imputable sólo al empresario, pero de ninguna manera implicaría confesión al respecto de parte del Gobernador.

En atención a todo lo anteriormente razonado, este Tribunal Pleno no tomará en consideración la referida grabación en su determinación sobre la existencia o inexistencia de hechos constitutivos de graves violaciones de garantías individuales a que se refiere el artículo 97, párrafo segundo, de la Ley Fundamental.

El Tribunal Pleno estimó suficientes, una vez valoradas en su conjunto, debe estimarse que no existen elementos para tener por demostrada la existencia de graves violaciones a las garantías individuales que, en términos del artículo 97 constitucional, fueran denunciadas ante esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Si bien la investigación realizada por mandato del Tribunal Pleno se estima fue suficiente, lo cierto es que una vez excluidos los medios de convicción que fueron considerados contrarios a las previsiones

constitucionales que rigen las intervenciones de las comunicaciones privadas, la valoración, aun considerada de manera circunstancial, de los restantes elementos que obran en autos no permite tener por demostrada la existencia de graves violaciones a las garantías individuales de la periodista Lidia Cacho, en los términos que previene el segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución Federal.⁸⁷

LA TESIS AISLADA QUE SE ORIGINÓ POR EL CASO LYDIA CACHO FUE ESTA:

Época: Novena Época
 Registro: 169859
 Instancia: Pleno
 Tipo de Tesis: Aislada
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 Tomo XXVII, Abril de 2008
 Materia(s): Constitucional
 Tesis: P. XXXIII/2008
 Página: 6

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. LAS GRABACIONES DERIVADAS DE UN ACTO DE ESA NATURALEZA CONSTITUYEN PRUEBAS ILÍCITAS QUE POR MANDATO EXPRESO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL CARECEN DE TODO VALOR PROBATORIO.

En los párrafos noveno y décimo del citado precepto constitucional se establece el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que únicamente la autoridad judicial federal podrá autorizar su intervención, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, en la inteligencia de que esas autorizaciones no podrán otorgarse cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor y que los resultados de cualquier intervención autorizada que no cumpla con los requisitos legales aplicables carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que el Poder Reformador de la Constitución consignó la prevalencia, en todo caso, del referido derecho fundamental sobre el derecho de defensa y de prueba garantizados en los artículos 14 y 17 de la propia Constitución, prerrogativas que se encuentran sujetas a limitaciones establecidas para sujetar al principio de legalidad la disciplina probatoria y para garantizar que la actividad jurisdiccional se lleve a cabo en estricto cumplimiento al marco constitucional y

⁸⁷ "Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la comisión designada en el expediente 2/2006, integrado con motivo de las solicitudes formuladas por las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión, para investigar violaciones graves de garantías individuales 2006", obtenido el 18 de enero 2014 a las 15:00hrs del sitio web www2.scjn.gob.mx/jurídica/engroses/cerrados/.../06000020.023.doc pp. 137,150,153,160,161,169,173,174,200,216.

legal aplicable, por lo que cualquier grabación derivada de la intervención de una comunicación privada que no se haya autorizado en términos de lo establecido en el artículo 16 constitucional constituye una prueba ilícita que carece de todo valor probatorio.

Facultad de investigación de violaciones graves de garantías individuales 2/2006*. Solicitantes: Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión. 29 de noviembre de 2007. Mayoría de ocho votos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Genaro David Góngora Pimentel. Dictaminador: Juan N. Silva Meza. Encargado del engrose: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

El Tribunal Pleno, el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número XXXIII/2008, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de dos mil ocho.

Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la comisión designada en el expediente 2/2006, integrado con motivo de las solicitudes formuladas por las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión, para investigar violaciones graves de garantías individuales.

4.3 Algunas Tesis Aisladas del Poder Judicial Federal sobre la Prueba Ilícita.

Época: Décima Época
 Registro: 2005726
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Tipo de Tesis: Jurisprudencia
 Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
 Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III
 Materia(s): Constitucional, Penal
 Tesis: I.9o.P. J/12 (10a.)
 Página: 2065

PRUEBA ILÍCITA. VALORACIÓN DEL PRINCIPIO DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO, BAJO LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO O NEXO CAUSAL ATENUADO EN LA DECLARACIÓN DEL INculpADO.

Un derecho fundamental que asiste al inculpado durante todo el proceso es la prohibición o exclusión de la prueba ilícita, alegando como fundamento el derecho a un debido proceso (artículo 14 de la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos), a que los Jueces se conduzcan con imparcialidad (artículo 17 constitucional) y a una defensa adecuada (artículo 20, apartado B, fracción VIII, constitucional); por ende, bajo el criterio de esta prerrogativa, tanto su declaración ministerial asistido por persona de confianza y no por licenciado en derecho, carece de valor probatorio alguno, así como sus posteriores declaraciones, ministeriales o judiciales, si sólo se constriñen a su ratificación, sin que se estimen convalidadas, no obstante que sean rendidas en presencia de su defensor, licenciado en derecho y del Juez de la causa; lo anterior, según este principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, pues la nulidad de dichas actuaciones no se supedita a actos posteriores que puedan interpretarse como su consentimiento o superación contraria a derecho, la cual dejó en estado de indefensión al inculpado. **Sin embargo, bajo la óptica de la teoría del vínculo o nexo causal atenuado**, en el escenario del proceso propiamente dicho, observando los derechos constitucionales y legales ante sede judicial, si en presencia del Juez, del Ministerio Público, del defensor, licenciado en derecho y del secretario fedatario de la diligencia, el inculpado, de manera libre, voluntaria y espontánea, declara en relación con el hecho imputado, ya sea en el mismo contexto de su declaración ministerial o en sentido diverso, admitiendo ciertos hechos, negando otros o haciendo valer causas de exclusión del delito, no obstante que esas manifestaciones puedan estar relacionadas con la ilicitud de la declaración inicial, si se advierte que la conexión es tan tenue entre ambas, que su exclusión se considere desproporcionada y carente de real utilidad, esa conexión causal puede darse por rota o inexistente jurídicamente, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse como un aprovechamiento de la lesión inicial de su derecho fundamental de prohibición o exclusión de la prueba ilícita. En consecuencia, es legal que el Juez de la causa o el tribunal de apelación, lleve a cabo una valoración del principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, bajo la teoría en cuestión, ponderando cada caso en particular, en tutela judicial efectiva de los derechos de debido proceso, defensa adecuada, presunción de inocencia y sustancialmente del principio contradictorio (sustentado en los argumentos de defensa del imputado) y, conforme a su libre convicción, a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la máxima de la experiencia, sometidos a la crítica racional, justiprecie lo tenue o débil del vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada, y determine incluso, su inexistencia; sin que sea óbice a lo anterior que el juzgador, por el contrario, considere indivisible dicho vínculo y, por tanto, aplicable la exclusión de la prueba ilícita y la derivada.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 286/2013. 5 de septiembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretaria: Alejandra Isabel Villalobos Leyva.

Amparo directo 318/2013. 25 de septiembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretario: Daniel Guzmán Aguado.

Amparo directo 374/2013. 17 de octubre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretaria: Elizabeth Franco Cervantes.

Amparo directo 345/2013. 28 de noviembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretario: Daniel Guzmán Aguado.

Amparo directo 431/2013. 9 de enero de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretaria: Elizabeth Franco Cervantes.

Esta tesis se publicó el viernes 28 de febrero de 2014 a las 11:02 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 03 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Época: Décima Época
 Registro: 2003564
 Instancia: Primera Sala
 Tipo de Tesis: Aislada
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1
 Materia(s): Penal
 Tesis: 1a. CLXVII/2013 (10a.)

EFFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. SUS DIFERENCIAS CON LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en la tesis aislada 1a. CLXII/2011 de rubro: "PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO.", que toda prueba obtenida, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirá efecto alguno. Asimismo, ha establecido que la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, no pueden ser

utilizadas en el proceso penal. A esta cuestión se le conoce como la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, la cual tiene como objetivo eliminar del caudal probatorio aquellas pruebas que hayan sido obtenidas contraviniendo las normas constitucionales, pero que, sin embargo, no afecta la validez del proceso, ya que el juez podrá valorar el resto de pruebas no afectadas, ya sea en ese momento procesal o en una futura reposición del procedimiento. Por el contrario, cuando el juez advierta la actualización de los supuestos que actualizan el efecto corruptor del proceso penal, de acuerdo a lo establecido por esta Primera Sala, no podrá pronunciarse sobre la responsabilidad penal del acusado, ya que el actuar de la autoridad ha provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conllevan la falta de fiabilidad de todo el material probatorio, viciando tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados, por lo que procede decretar la libertad del acusado cuando la violación produce la afectación total del derecho de defensa.

Amparo directo en revisión 517/2011. 23 de enero de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular y Jorge Mario Pardo Rebolledo; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea formuló voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Javier Mijangos y González y Beatriz J. Jaimes Ramos.

Nota: La tesis aislada 1a. CLXII/2011 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 226.

Época: Décima Época
 Registro: 2003258
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Tipo de Tesis: Aislada
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3
 Materia(s): Constitucional, Penal
 Tesis: I.9o.P.26 P (10a.)
 Página: 2064

DEFENSA ADECUADA. A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DIEZ DE JUNIO DE DOS MIL ONCE, ESTE DERECHO FUNDAMENTAL ÚNICAMENTE SE GARANTIZA CUANDO EL INculpADO, AL RENDIR SU DECLARACIÓN MINISTERIAL, ES ASISTIDO POR UN LICENCIADO EN DERECHO, POR LO QUE SI LO HIZO SÓLO EN PRESENCIA DE PERSONA DE SU CONFIANZA AQUÉLLA CARECE DE VALOR PROBATORIO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

A partir de la reforma del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, el derecho fundamental a una defensa adecuada a que se refieren los artículos 20, apartado A, fracción IX, constitucional, en su texto anterior a la reforma publicada en dicho medio de difusión oficial el dieciocho de junio de dos mil ocho y 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se garantiza únicamente cuando el imputado en la averiguación previa y en el proceso está representado por un licenciado en derecho, por ser la persona con la capacidad técnica para asesorarlo y apreciar lo que jurídicamente le es conveniente, por lo que con la asistencia de éste está mejor protegido porque guía su actuación en lo que le es favorable, esto es, ese derecho fundamental se satisface con la defensa material que realiza el inculcado por sí, y con la defensa técnica (formal) que efectúa un licenciado en derecho por ser la persona experta, aptitudes éstas con las que no cuenta la persona de confianza. Ahora bien, si al rendir su declaración ministerial el inculcado lo hizo sólo en presencia de esta última, su testimonio carecerá de valor probatorio, ya que debe estar asistido por un licenciado en derecho ya sea particular o de oficio, para otorgarle una real y efectiva defensa legal, y así respetar el principio de equidad entre las partes, pues el Ministerio Público - como acusador- es un órgano técnico representado por un licenciado en derecho y, por lo mismo, bajo el principio de igualdad, también el inculcado debe estar representado por un profesionalista en la misma materia y no únicamente por persona de confianza. Consecuentemente, si el inculcado rindió su declaración ministerial asistido solamente por esta última, con ello se originó una infracción a las formalidades del procedimiento, lo que se traduce en violación a sus derechos fundamentales, que traería como consecuencia su nulidad al constituirse como prueba ilícita y, por tanto, que no se le otorgue valor probatorio alguno.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 503/2012. 21 de febrero de 2013. Unanimidad de votos.
Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: J. Trinidad Vergara Ortiz.

Amparo directo 39/2013. 22 de marzo de 2013. Unanimidad de votos.
Ponente: Guadalupe Olga Mejía Sánchez. Secretario: J. Trinidad Vergara Ortiz.

Amparo directo 42/2013. 11 de abril de 2013. Unanimidad de votos.
Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: J. Trinidad Vergara Ortiz.

Nota: Sobre el tema tratado en esta tesis, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitió la jurisprudencia I.9o.P. J/8 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXII, Tomo 2, julio de 2013, página 1146, de rubro: "DEFENSA ADECUADA. A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DIEZ DE

JUNIO DE DOS MIL ONCE, ESTE DERECHO FUNDAMENTAL ÚNICAMENTE SE GARANTIZA CUANDO EL INculpADO, AL RENDIR SU DECLARACIÓN MINISTERIAL, ES ASISTIDO POR UN LICENCIADO EN DERECHO, POR LO QUE SI LO HIZO SÓLO EN PRESENCIA DE PERSONA DE SU CONFIANZA, AQUÉLLA CARECE DE VALOR PROBATORIO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)."

Época: Décima Época

Registro: 2002741

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a./J. 115/2012 (10a.)

Página: 431

DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO.

En términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para intervenir una comunicación privada se requiere autorización exclusiva de la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, por lo que todas las formas existentes de comunicación y las que son fruto de la evolución tecnológica deben protegerse por el derecho fundamental a su inviolabilidad, como sucede con el teléfono móvil en el que se guarda información clasificada como privada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; de ahí que el ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se extiende a los datos almacenados en tal dispositivo, ya sea en forma de texto, audio, imagen o video. Por lo anterior, no existe razón para restringir ese derecho a cualquier persona por la sola circunstancia de haber sido detenida y estar sujeta a investigación por la posible comisión de un delito, de manera que si la autoridad encargada de la investigación, al detenerla, advierte que trae consigo un teléfono móvil, está facultada para decretar su aseguramiento y solicitar a la autoridad judicial la intervención de las comunicaciones privadas conforme al citado artículo 16 constitucional; sin embargo, si se realiza esa actividad sin autorización judicial, cualquier prueba que se extraiga, o bien, la que derive de ésta, será considerada como ilícita y no tendrá valor jurídico alguno.

Contradicción de tesis 194/2012. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito. 10 de octubre de 2012. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por lo que se refiere a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos en cuanto al fondo. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.

Tesis de jurisprudencia 115/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecisiete de octubre de dos mil doce.

Época: Novena Época

Registro: 161221

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXXIV, Agosto de 2011

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a. CLXII/2011

Página: 226

PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO.

La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.

Amparo directo en revisión 1621/2010. 15 de junio de 2011. Cinco votos.
Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y
González.

Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 425/2012, desechada por acuerdo de 18 de septiembre de 2012.

Época: Décima Época
Registro: 2003885
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1
Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: 1a. CXCV/2013 (10a.)
Página: 603

PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO ESTÁ CONTENIDO IMPLÍCITAMENTE EN LOS ARTÍCULOS 14, 16, 17, Y 20, APARTADO A, FRACCIÓN IX, Y 102, APARTADO A, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONALES, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008.

El proceso penal, entendido lato sensu como uno de los límites naturales al ejercicio del ius puniendi estatal, así como dentro de un contexto de Estado social y democrático de derecho, como una herramienta jurídica institucionalizada para solucionar controversias sociales, se encuentra imbuido de diversas prerrogativas constitucionales, entre ellas, el derecho fundamental al debido proceso, que entre otras aristas jurídicas pugna por la búsqueda legal y el ofrecimiento de pruebas dentro de un proceso. Ahora, si bien es cierto que de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, no se advierte una definición expresa ni una regla explícita en torno al derecho fundamental de la prohibición o exclusión de la prueba ilícita, éste se contiene implícitamente en nuestra Carta Magna, derivado de la interpretación sistemática y teleológica de sus artículos: (i) 14, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento; (ii) 16, en el que se consagra un principio de legalidad lato sensu; (iii) 17, por cuanto se refiere a que los jueces se conduzcan con imparcialidad; (iv) 20, apartado A, fracción IX, en el que se consagra el derecho a una defensa adecuada en favor de todo inculpado, y (v) 102, apartado A, párrafo segundo, en el que se establece un diverso principio de legalidad específico para la institución del Ministerio Público, durante el

desarrollo de su función persecutora de delitos. En ese tenor, los principios constitucionales del debido proceso legal, enmarcados en los diversos derechos fundamentales a la legalidad, la imparcialidad judicial y a una defensa adecuada, resguardan implícitamente el diverso principio de prohibición o exclusión de la prueba ilícita, dando lugar a que ningún gobernado pueda ser juzgado a partir de pruebas cuya obtención se encuentre al margen de las exigencias constitucionales y legales; por tanto, todo lo obtenido así debe excluirse del proceso a partir del cual se pretende el descubrimiento de la verdad. Dicho en otras palabras, aun ante la inexistencia de una regla expresa en el texto constitucional que establezca la "repulsión o expulsión" procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que ésta deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional y de su condición de inviolables.

Amparo directo en revisión 3664/2012. 13 de marzo de 2013. Mayoría de tres votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: José Díaz de León Cruz.

Época: Novena Época
Registro: 171739
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXVI, Agosto de 2007
Materia(s): Penal
Tesis: 1a./J. 21/2007
Página: 224

INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.

Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier

particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.

Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 21/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil siete.

Época: Décima Época
Registro: 2001951
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4
Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: XXI.2o.P.A.2 P (10a.)
Página: 2606

INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO. LA EXCEPCIÓN A DICHA GARANTÍA CONSISTENTE EN LA FLAGRANCIA PARA JUSTIFICAR LA INTROMISIÓN EN AQUÉL SIN LA ORDEN DE CATEO CORRESPONDIENTE, NO SE ACTUALIZA SI LOS ELEMENTOS APREHENSORES SE INTRODUCIERON AL INMUEBLE PORQUE UN DETECTOR MOLECULAR REGISTRÓ QUE EN SU INTERIOR SE ENCONTRABAN DROGA Y ARMAS, AUN CUANDO MANIFIESTEN QUE SU HABITANTE LES AUTORIZÓ EL PASO, SI ELLO NO CONSTA EXPRESAMENTE EN AUTOS.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 21/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, agosto de 2007, página 224, de rubro: "INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA.", determinó que tratándose del allanamiento de un domicilio en caso de flagrancia, la autoridad policial debe contar con datos ciertos o válidos que motiven su intromisión sin la orden de cateo correspondiente, así como que de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intervención carecen de eficacia probatoria. En ese sentido, si en el parte informativo y narrativa de hechos consignado por los elementos aprehensores únicamente se señala que "al utilizar un detector molecular, arrojó como resultado que en el interior del domicilio registrado se encontraban droga y armas", esta circunstancia no actualiza el supuesto de excepción relativo a la flagrancia como justificación para la intromisión del domicilio intervenido, pues dicha información no encuadra en los supuestos que determinan la flagrancia y que justifiquen la intromisión al inmueble sin la orden de cateo correspondiente, aun cuando dichos captores manifiesten que el habitante de éste les autorizó el paso, si ello no consta expresamente en autos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 428/2011. 24 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Alberto Casasola Mendoza. Secretaria: Martha Alicia López Hernández.

Amparo directo 27/2012. 31 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jacinto Figueroa Salmorán, Juez de Distrito en el cargo de Magistrado de Circuito. Secretario: Orlando Hernández Torreblanca.

Época: Décima Época
Registro: 2000820

Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 1
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CVI/2012 (10a.)
Página: 1101

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO. LA AUTORIZACIÓN DEL HABITANTE, A EFECTO DE PERMITIR LA ENTRADA Y REGISTRO AL DOMICILIO POR PARTE DE LA AUTORIDAD, NO PERMITE LA REALIZACIÓN DE CATEOS DISFRAZADOS.

La entrada a un domicilio por parte de los agentes de policía, puede estar justificada ya sea: 1) por la existencia de una orden judicial; 2) por la comisión de un delito en flagrancia; y, 3) por la autorización del ocupante del domicilio. Respecto a este último supuesto, es necesario partir de la idea de que la autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, no se constituye en un supuesto que deje sin efectividad a la orden judicial de cateo. Es decir, esta excepción se actualiza en escenarios distintos al de la orden judicial de cateo y al de la flagrancia. La autorización del habitante no puede ser entendida en el sentido de permitir cateos "disfrazados" que hagan inaplicables las previsiones constitucionales. Conforme al artículo 16 constitucional, se requerirá la existencia de una orden de cateo para cualquier acto de molestia que incida en la esfera jurídica de una persona, su familia, domicilio, papeles o posesiones. La expedición de dichas órdenes es imperativa para que la autoridad pueda realizar cualquier acto de molestia. Por lo mismo, el mencionado artículo constitucional establece los requisitos que las órdenes de cateo necesariamente deben satisfacer para que el acto de autoridad realizado con fundamento en las mismas sea constitucional, a saber: (i) sólo pueden ser expedidas por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público; (ii) en la misma deberá expresarse el lugar a inspeccionar, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan; (iii) al concluir la diligencia se debe levantar un acta circunstanciada de la misma en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que haya practicado la diligencia. La autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, sólo podrá entrar en acción en aquellos supuestos que no se correspondan a los de la necesaria existencia de una orden judicial o de la comisión de un delito en flagrancia, como por ejemplo, en los casos en los que la policía responde a un llamado de auxilio de un particular. En esta lógica, la autoridad no puede pasar por alto la exigencia constitucional de la orden judicial de cateo con una simple solicitud al particular para que le permita ingresar a su domicilio, sino que el registro correspondiente debe venir precedido de una petición del particular en el sentido de la necesaria presencia de los agentes del Estado a fin de atender una situación de emergencia. Así las cosas, y partiendo de lo anteriormente

expuesto, esta autorización o consentimiento voluntario se constituye en una de las causas justificadoras de la intromisión al domicilio ajeno. Esto es así, ya que si el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene por objeto que los individuos establezcan ámbitos privados que excluyan la presencia y observación de los demás y de las autoridades del Estado, es lógico que los titulares del derecho puedan abrir esos ámbitos privados a quienes ellos deseen, siempre y cuando esta decisión sea libre y consciente.

Amparo directo en revisión 2420/2011. 11 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Época: Novena Época
Registro: 163158
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXXIII, Enero de 2011
Materia(s): Constitucional
Tesis: VI.1o.P.276 P
Página: 3182

DILIGENCIA DE INSPECCIÓN MINISTERIAL PRACTICADA EN UN LOCAL COMERCIAL ABIERTO AL PÚBLICO (DOMICILIO PARTICULAR). ASEGURAR OBJETOS DE UN POSIBLE DELITO ENCONTRADOS EN ÉL CONSTITUYE VERDADERAMENTE UN CATEO ILEGAL QUE, AL PRACTICARSE SIN LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TRAE COMO CONSECUENCIA QUE LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN AQUÉLLA CAREZCAN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.

De la interpretación que realizó el Más Alto Tribunal del País de los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008 y 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, a través de la jurisprudencia 1a./J. 22/2007 sustentada por la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 75/2004-PS, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, agosto de 2007, página 111, de rubro: "CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.", se advierte que, con la finalidad de tutelar

la garantía de inviolabilidad del domicilio que establece dicho precepto constitucional, las órdenes de cateo única y exclusivamente pueden ser expedidas por la autoridad judicial, las cuales exigen como requisitos que: a) consten por escrito; b) expresen el lugar que ha de inspeccionarse; c) precisen la materia de la inspección; d) se levante un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. En consecuencia, si no existe orden escrita de un Juez competente ni acta circunstanciada en presencia de dos testigos y se practica la diligencia denominada "inspección ministerial" en un local comercial abierto al público, en donde se aseguran objetos de un posible delito, resulta inconcuso que dicha inspección constituye un cateo ilegal, toda vez que los objetos encontrados en el lugar registrado no hubieran existido de no haberse practicado el allanamiento, el cual, al resultar inconstitucional, carece de todo valor probatorio, lo cual influye directamente en las pruebas que de él derivaron, debiendo éstas seguir la misma suerte que aquello que les dio origen. Sin que obste a lo anterior que el lugar registrado se trate de un local con las características apuntadas, ya que aun así ese lugar no deja de ser un domicilio particular protegido por la garantía citada; máxime que la intromisión o allanamiento del domicilio particular no acaeció en caso de flagrancia, esto es, cuando se está en presencia de actos delictivos que se ejecutan o se acaban de ejecutar y en las que el propio artículo 16 constitucional, expresamente permite a cualquier particular y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado y lógicamente hacer cesar la acción delictiva.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 291/2010. 26 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Torres Pérez. Secretario: Antonio Rodríguez Ortiz.

Época: Novena Época

Registro: 163157

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXXIII, Enero de 2011

Materia(s): Constitucional

Tesis: VI.1o.P.277 P

Página: 3183

DILIGENCIA DESAHOGADA EN CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN DE VISITA DOMICILIARIA EN UN ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO. SI SE PRACTICA CON LA FINALIDAD DE INSPECCIONAR EL LUGAR Y DETENER PERSONAS POR LA PROBABLE COMISIÓN DE UN DELITO, SE ESTÁ EN PRESENCIA DE UN CATEO ILEGAL QUE, AL INCUMPLIR CON

LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CARECE DE EFICACIA PROBATORIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

De la interpretación que realizó el Más Alto Tribunal del País del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, a través de la jurisprudencia 1a./J. 22/2007 sustentada por la Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 75/2004-PS, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, agosto de 2007, página 111, de rubro: "CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA.", se advierte que, con la finalidad de tutelar la garantía de inviolabilidad del domicilio que establece dicho precepto constitucional, las órdenes de cateo única y exclusivamente pueden ser expedidas por la autoridad judicial, las cuales exigen como requisitos que: a) consten por escrito; b) expresen el lugar que ha de inspeccionarse; c) precisen la materia de la inspección; d) se levante un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. En consecuencia, si no existe orden escrita de un Juez competente ni acta circunstanciada en presencia de dos testigos y la autoridad desahoga una diligencia en cumplimiento de una orden de visita domiciliaria en un establecimiento abierto al público con la finalidad de inspeccionarlo, así como detener personas por la posible comisión de un delito, resulta inconcuso que dicha visita constituye un cateo ilegal que, al no cumplir con los requisitos mencionados carece de todo valor probatorio, pues los objetos y las personas encontrados en el lugar registrado no hubieran existido de no haberse practicado el allanamiento, sin que obste a lo anterior que el lugar inspeccionado se trate de un establecimiento con las características apuntadas, ya que aun así ese sitio no deja de ser un domicilio particular protegido por la citada garantía; máxime que la intromisión o allanamiento no acaeció en caso de flagrancia, esto es, cuando se está en presencia de actos delictivos que se ejecutan o se acaban de ejecutar y en las que el propio 16 constitucional, expresamente permite a cualquier particular y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado y hacer cesar la acción delictiva. Lo anterior es así, toda vez que si bien las formalidades de dichas visitas son similares a las de un cateo, éstas únicamente tienen por objeto verificar el cumplimiento de obligaciones fiscales y comprobar la situación fiscal de contribuyentes, pero en ningún caso se faculta para inspeccionar, investigar un lugar, detener o aprehender personas por la posible comisión de un delito, ya que tal potestad es exclusiva de las autoridades judiciales; además, de la interpretación de los artículos 50,

fracciones IV y VII, 65, 68 y 70 del Código Fiscal y Presupuestario para el Municipio de Puebla, se llega a la convicción de que ninguno de los invocados dispositivos autoriza a las autoridades administrativas para actuar de esa manera, pues dicha visita únicamente es para que la autoridad se cerciore de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, así como para que se exhiban los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales; de ahí que la persona, su familia, domicilio, papeles o posesiones no pueden ser objeto de pesquisas, cateos, registros, inspecciones oculares o investigaciones sin observar los requisitos contenidos en el artículo constitucional mencionado, ya que se busca asegurar la legalidad de los actos de autoridad o de sus agentes, proteger la libertad individual y garantizar la seguridad jurídica.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 310/2010. 19 de agosto de 2010. Unanimidad de votos.
Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Francisco Maldonado Vera.

CONCLUSIONES

PRIMERA: No existe en el Código Nacional de Procedimientos Penales un catálogo cerrado respecto de las excepciones al Principio de Exclusión de la Prueba Ilícita (doctrinalmente conocida en la doctrina como la **Teoría de los Frutos del Arbol Envenenado**), situación que provoca la aplicación discrecional del derecho penal y procesal penal, por parte de los sujetos procesales en el sistema de justicia penal acusatorio.

SEGUNDA: La regla general es que toda prueba ilícita que vulnere derechos fundamentales sea nula; sin embargo, **existen doctrinariamente excepciones a dicha regla aún no reconocidas en la ley**, que en algunos casos permiten valorar pruebas ilícitas, que al no estar positivizadas en ningún ordenamiento jurídico, se deja en estado de indefensión a los justiciables que intervienen en el proceso penal creando incertidumbre jurídica, violentando lo dispuesto en el artículo 14 párrafo tercero Constitucional.

TERCERA: Hasta el momento los criterios jurisprudenciales pronunciados por el Poder Judicial de la Federación, han suplido las omisiones del Legislador respecto a incluir las excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita: sin embargo esta situación origina la aplicación discrecional para el ofrecimiento, admisión y valoración de las pruebas en el sistema de justicia penal en México.

CUARTA: No existe hasta el momento tipos penales redactados en forma clara, y precisa, con un contenido necesario y suficiente dentro del Código Penal para el Estado de Puebla, que sancione a las personas, que obtengan, ofrezcan, admitan y valoren datos de prueba, medios de prueba o pruebas ilícitas, con violación de derechos fundamentales dentro de las causas penales.

PROPUESTAS

PRIMERA: Que se adicione el artículo 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales; a efecto de quedar como sigue:

Art. 264 bis CNPP: Son excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita:

- a) La eficacia refleja, indirecta o derivada.
- b) La excepción de la fuente independiente.
- c) La excepción del descubrimiento inevitable.
- d) La excepción del nexo causal atenuado.
- e) La excepción de buena fe.
- f) Las demás que la jurisprudencia y criterios jurídicos emita el órgano jurisdiccional competente.

Esta propuesta beneficia sin duda alguna y trata de contribuir a resolver lo siguiente; que en nuestros procedimientos penales que se desarrollen en nuestro Estado de Puebla no se aplique la regla de exclusión probatoria así como sus excepciones de manera discrecional por parte de los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal acusatorio.

Además, se introduciría certidumbre jurídica a la causa penal al proporcionarle a los justiciables que intervienen en el proceso penal las herramientas necesarias para ejercer su derecho a una defensa adecuada.

SEGUNDA: Se propone reformar la fracción III del artículo 234 del Código Penal del Estado de Puebla a efecto de quedar como sigue:

Art. 234.- Incurren en responsabilidad delictiva las personas, los abogados, patronos o litigantes sin título profesional de licenciatura en derecho y los representantes de personas jurídicas, estén o no ostensiblemente patrocinados por abogados, por la comisión sin causa justificada de los actos siguientes:

III.- Ofrecer datos de prueba y medios de pruebas, que hayan sido obtenidas con violación de derechos fundamentales, dentro de los procedimientos legales, administrativos, judiciales o de cualquier otra naturaleza.

De igual manera propongo adicionar la fracción XXXVI del artículo 421 y reformar el 424 ambos del Código Penal del Estado de Puebla a efecto de quedar como sigue:

Art. 421.- Son delitos que afectan la Procuración y Administración de Justicia:

XXXVI.- Admitir y valorar datos de prueba, medios de pruebas o pruebas ilícitas en el procedimiento penal, que hayan sido obtenidas con violación de derechos fundamentales o que hayan sido declaradas nulas.

Artículo 424

A quien cometa los delitos previstos en la fracciones VI, X, XIV, XV, XVI, XVII, XIX, XXI, XXIII, XXVII a **XXXVI** del artículo 421, se les impondrá pena de prisión de cuatro a diez años y de mil a dos mil días de salario mínimo.⁸⁸

⁸⁸ *Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla.* ed. 19º. Ed. Cajica S.A de C.V. Puebla 2012. pp. 160, 266.

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRÁFICAS

Bustillo-Marín Roselia. (2012). ***El Control de Convencionalidad: La Idea de Bloque de Constitucionalidad y su Relación con el Control de Constitucionalidad en Materia Electoral***. Líneas Jurisprudenciales. México, D.F. Ed. Errapar S.A.

Escriche, Joaquín. (1996). ***Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense*** con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel. México D.F. Ed. IJ-UNAM.

Grinover, Pellegrini Ada. (2000). ***Pruebas Ilícitas” Doctrina Peruana y Jurisprudencia Penal***. Lima Perú. Ed. Palestra.

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (1984). ***Diccionario Jurídico Mexicano***. Tomo VII (P-Reo); 3ª ed. México, D.F. Ed.UNAM.

La Prueba en el Sistema Acusatorio en México. (2011). (Prueba Ilícita; Eficacia y Valoración) 2ª ed. México D.F. Ed. SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Medellin-Urquiada, Ximena. (2012). ***Principio Pro Persona. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos***. México D.F. Ed. Reus.

Mijanjos y González; Javier. (2010). ***La Doctrina de la Exclusionary Rule en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América***. 3ª ed. México D.F. Ed. IJ-UNAM.

Parduci-N. Nicolás. (Enero 2012). ***Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en la SCJN***. México D.F. Ed. La Ley-Actualidad.

Pelayo-Muller, Carlos María. (2002). ***El Surgimiento y Desarrollo de la Doctrina de Control de Convencionalidad y sus Implicaciones en el Estado Constitucional***. México D.F. Ed. Astrea.

Sánchez-Vázquez, Rafael. (1995). ***Metodología de la Ciencia del Derecho***. México D.F. Ed. Porrúa S.A de C.V.

Salvioli-Fabián. (2012). ***Un Análisis desde el Principio Pro Persona sobre el Valor Jurídico de las Decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos***. La Plata. Ed. Ediar S.A.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Julio 2013). **Las Garantías Individuales Parte General**. México D.F. Ed. SCJN.

HEMEROGRÁFICAS

Acosta-Vázquez, Luis A. (Julio-Diciembre 2007). “**Diferencias entre medio, fuente y objeto de la prueba**”. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Rafael Urdaneta. Vol.I No. 2.

Aguilera-García; Edgar R. (Enero-Junio 2008). “**El concepto de estándar de prueba**”. Revista de Derecho de Posgrado de la UNAM. Vol.4 número 6.

Bahena-Villalobos Alma Rosa. (2012). “**Principio Propersona**”. Universidad Latina de América. Ius Revista Jurídica. Vol. XXI.

Beuchot-Mauricio. (Junio 2012). “**La fundamentación de los Derechos Humanos como dilema moral**”. Revista Universitas Studiorum. Vol. III No.1.

Giner-Alegría; César Augusto. (2008). “**Prueba Prohibida y Prueba Ilícita**”; Anales de Derecho. Universidad de Murcia. No. 26.

González-Montes, José Luis. (2006). “**La Prueba Ilícita**”. Revista Persona y Derecho. Número 54.

Lorenzon-Brondino, César. (2007). “**La prueba ilícita y su efecto en el razonamiento del juzgador. IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista**”. Revista Buenos Aires. XXXI.

Martínez-Garza, Minerva. (abril-junio 2011). “**La Reforma Constitucional al marco de los Derechos Humanos**” Revista Letras Jurídicas no. 75. Nuevo León México.

Miranda-Estrampes, Manuel. (Mayo 2010). “**La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones**”. Revista Catalana de Seguretat Pública. Vol 2.

Orozco-Henriquez, José de Jesús: (julio-diciembre de 2011). “**Los Derechos Humanos y el Nuevo Artículo 1° Constitucional**”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año V no. 28.

Quijano, Jairo Parra. (1997). “**Pruebas Ilícitas**”. Revista Ius & Veritas. Lima, número 14.

LEGISGRÁFICAS

Código Nacional de Procedimientos Penales. Ed. Cajica S.A de C.V. Puebla. 2014.

Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla. ed. 19°. Ed. Cajica S.A de C.V. Puebla 2012.

Decreto de fecha 21 de febrero del 2011 publicado en la Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado de Puebla, tomada del Nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla. Ed. Mariángel. Puebla 2012.

CIBERGRÁFICAS

Álvarez-Bastida, Simón Bernardo: “Valoración de la Prueba Ilícita en la Etapa Preliminar. Necesidad de la Prueba y su Valoración”. Poder Judicial del Estado de México; obtenido del sitio web www.poderjudicialags.gob.mx/.../M1-D%20-%20Estado%20de%20Méxi. El día 1 de marzo del 2014 a las 20:00hrs.

Caballero-Ochoa, José Luis: “La Cláusula de interpretación conforme y el Principio Pro Persona (Art 1° Segundo Párrafo de la Constitución)”. IIJ-UNAM. México, D.F. obtenida del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf> el día 2 de marzo 2014 a las 14:23hrs.

Carbonell, Miguel: “Sobre el Principio de Exclusión de Prueba Ilícitamente Obtenida”. IIJ-UNAM. México D.F. obtenida del sitio web http://www.miguelcarbonell.com/docencia/principio_de_exclusion_de_las_pruebas_ilicitas.shtml el día 3 de noviembre del 2013 las 11:00 hrs.

Carbonell-Miguel; “La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades”. México D.F. 2012. Obtenida del sitio web <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml> el día 2 de marzo 2014 a las 21:00 hrs.

Carbonell-Miguel: “Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1917: Introducción General”. México D.F. Obtenida del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1408/4.pdf> el día 2 de marzo 2014 a las 17:37hrs.

Carreón-Gallegos, Ramón Gil: “Derechos Humanos, Garantías Individuales y Derechos Fundamentales, problema terminológico conceptual”. IIJ-UNAM México D.F. 2012. Obtenido del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3171/7.pdf> el día 4 de marzo 2014 a las 12:00 hrs

Comisión Nacional de los Derechos Humanos: “Manual de Derechos Humanos: Conceptos Elementales y Consejos Prácticos”. México México D.F.. Junio 2003. Obtenido del sitio web <http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Libreria/derechos/mandh.pdf> el día 5 de marzo 2014 a las 11:23 hrs.

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente” obtenida del sitio web http://dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf el día 12 de noviembre del 2013 a las 19:00hrs.

De la Rosa-Rodríguez Paola: “Breve Estudio de la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial”. Ed. Derecho en Libertad; obtenida del sitio web [http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Breve Estudio de la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial.pdf](http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Breve_Estudio_de_la_Prueba_en_el_Sistema_Acusatorio_Adversarial.pdf) el día 12 enero del 2014 a las 12: 54 hrs.

Delgado-del Rincón Luis E.; “La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita, Excepciones y Eficacia”. Universidad de Burgos . 2012; obtenido del sitio web http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf el día 21 de abril del 2014 a las 9:14hrs.

“Decreto de fecha 18 de junio 2008 publicado en la primera sección del Diario Oficial de la Federación” obtenido del sitio web <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/Resource/106/1/images/dof180608%5b1%5d.pdf> el día 23 de noviembre del 2013 a las 9:00hrs.

“Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Comisión de los Derechos Humanos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”; consultada el 18 de febrero 2014 a las 10:30hrs obtenida del sitio web http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/CorteInteramericana/accion_20_2014.pdf.

“Diario Oficial de la Federacion” de fecha viernes 10 de junio del 2011 referente a “la reforma Constitucional de los Derechos Humanos”; obtenido el 15 de enero 2014 a las 10:00hrs, en el sitio web http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

“Diccionario de la Etimología Española” obtenida en el sitio web <http://etimologia.wordpress.com/?s=prueba&submit=Buscar>; el día 23 de junio 2014 alas 20:00hrs.

“Diccionario de la Real Academia Española” obtenida en el sitio web <http://lema.rae.es/drae/?val=prueba> el 23 de junio 2014 a las 21:00hrs.

“DICTAMEN QUE VALORA LA INVESTIGACIÓN CONSTITUCIONAL REALIZADA POR LA COMISIÓN DESIGNADA EN EL EXPEDIENTE 2/2006, INTEGRADO CON MOTIVO DE LAS SOLICITUDES FORMULADAS POR LAS CÁMARAS DE DIPUTADOS Y DE SENADORES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, PARA INVESTIGAR VIOLACIONES GRAVES DE GARANTÍAS INDIVIDUALES 2006”, OBTENIDO EL 18 DE ENERO 2014 A LAS 15:00HRS DEL SITIO WEB WWW2.SCJN.GOB.MX/JURÍDICA/ENGROSES/CERRADOS/.../06000020.023.DOC

Gamboa-Montejano, Claudia; y Ayala-Cordero, Hector; “Reforma Constitucional relativa a los Derechos Humanos y los Tratado Internacionales”. Recuento del Proceso Legislativo y de los principales instrumentos internacionales a los que alude dicha reforma. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis; Subdirección de Análisis de Política Interior de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados. México D.F. Junio 2012; obtenido del sitio web <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-15-12.pdf> el día 28 de noviembre 2013 a las 19:32hrs.

Gascón-Abellán, Marina: “Freedom of Proof? El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita”. UNAM. México D.F. obtenida del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1971/5.pdf> el día 1 de noviembre 2013 a las 22:00hrs.

Ibañez-Rivas, Juana María: “Control de Convencionalidad: Precisiones para su Aplicación Desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. México D.F. febrero 2012; obtenido del sitio web <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725> el día 23 de enero 2014 a las 16:00hrs.

Ibarra-Palafox, Francisco: “El Caso Lydia Cacho en la SCJN y la Ponderación de la Prueba Ilícita”. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México D.F. 2010; obtenida del sitio web <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/cj/cj15.htm>. El día 21 de febrero del 2014 a las 12:35 hrs.

Jimenez-Othon; “El Juicio Oral. Sistema Acusatorio Adversarial”. 2012; obtenida del sitio web <http://eljuiciooral.blogspot.mx/> el día 12 de febrero del 2014 a las 9:38 hrs.

Madero-Estrada, José Miguel: “La Prueba en el Sistema de Justicia de Corte Acusatorio y Oral”. UNAM. 2013 obtenida del sitio web <http://www.nnc.mx/editorial/108640.php> el día 23 de marzo del 2014 a las 15:24hrs.

Mendez-José Carlos: “Ley de Geolocalización: ¿persecución vs seguridad?” obtenido del link <http://www.unocero.com/2014/01/21/ley-de-geolocalizacion-persecucion-vs-seguridad/> el día 16 de junio 2014 a las 16:37 hrs

Montes-Corona, Daniel: “Control de Convencionalidad Obligación de los Jueces Mexicanos”. México Legal. 1998 obtenida del sitio web <http://mexicolegal.com.mx/vp-ind.php?id=530&categoria=derecho> el día 16 de marzo 2014 a las 20:36 hrs.

Natarén-Nandayapa; Carlos: “El Concepto de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Mexicano”. Primera Aproximación; IIJ-UNAM México, D.F. 2005 obtenida del sitio web <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2486/11.pdf> el día 18 de marzo 2014 a las 22.36 hrs.

Nota periodística de fecha 17 enero 2014 del periódico Excelsior. “SCJN Declara Constitucional la Geolocalización”. obtenida del sitio web <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/01/17/938661> el día 28 de marzo 2014 a las 23:45 hrs

“Nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla vigente” obtenida del sitio web http://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=23&Itemid=68 el día 29 de abril 2014 a las 21:39 hrs.

Orrillo, Carhujulca Juana: “Algunos Apuntes sobre Prueba Ilícita y su Tratamiento en la Jurisprudencia Peruana”. Revista Do Mestrado Em Direito. Lima. 2000 obtenido del sitio web <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2568/1561> el día 23 de febrero 2014 a las 15:39 hrs.

Pinto-Mónica: “El Principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y Pautas para la Regulación de los Derechos Humanos”. obtenido del sitio web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf> el día 18 de abril 2014 a las 8:39 hrs.

Prieto-González, Janet Eunice: “Los frutos del árbol envenenado. Las implicaciones del principio de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, contemplada en la fracción IX Apartado A del artículo 20 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos”. Revista Derecho en Libertad. México D.f 2012 obtenida del sitio web http://fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Los_Frutos_del_Arbol_Envenenado.pdf el día 28 de abril a las 21:25 hrs.

“Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo 18 de junio 2008)”. Subdirección de Archivo y Documentación. Secretaría de Servicios Parlamentarios. Centro de Documentación, Información y Análisis. Palacio Legislativo. México DF. obtenida del sitio web <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> el día 29 de noviembre 2013 a las 15:45hrs.

Romero-Guerra, Ana Pamela; Medina-Flores Laura Elizabeth; García-González Rosa Daniela: “Las Pruebas en el Sistema Penal Acusatorio”. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal”. obtenida del sitio web <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGEPN-15LasPruebas.pdf> el día 10 de junio 2014 a las 8:39 hrs.

Rojas-Chamaca Julio; “La sana crítica como forma de valoración de la prueba en los procedimientos individuales regulados en la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores” obtenido del sitio web <http://www.lexweb.cl/la-sana-critica-como-forma-de-valoracion-de-la-prueba> el día 15 de abril 2014 a las 10:18 hrs.

Sigler Edgar: “12 Claves de la Ley de Geolocalización”; obtenido del sitio web <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2014/01/13/las-12-claves-sobre-la-geolocalizacion> el día 18 de junio 2014 a las 18:27 hrs.

“Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 hasta la fecha 2011”; obtenido el 17 de marzo 2014 a las 18:00 hrs del sitio web <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>